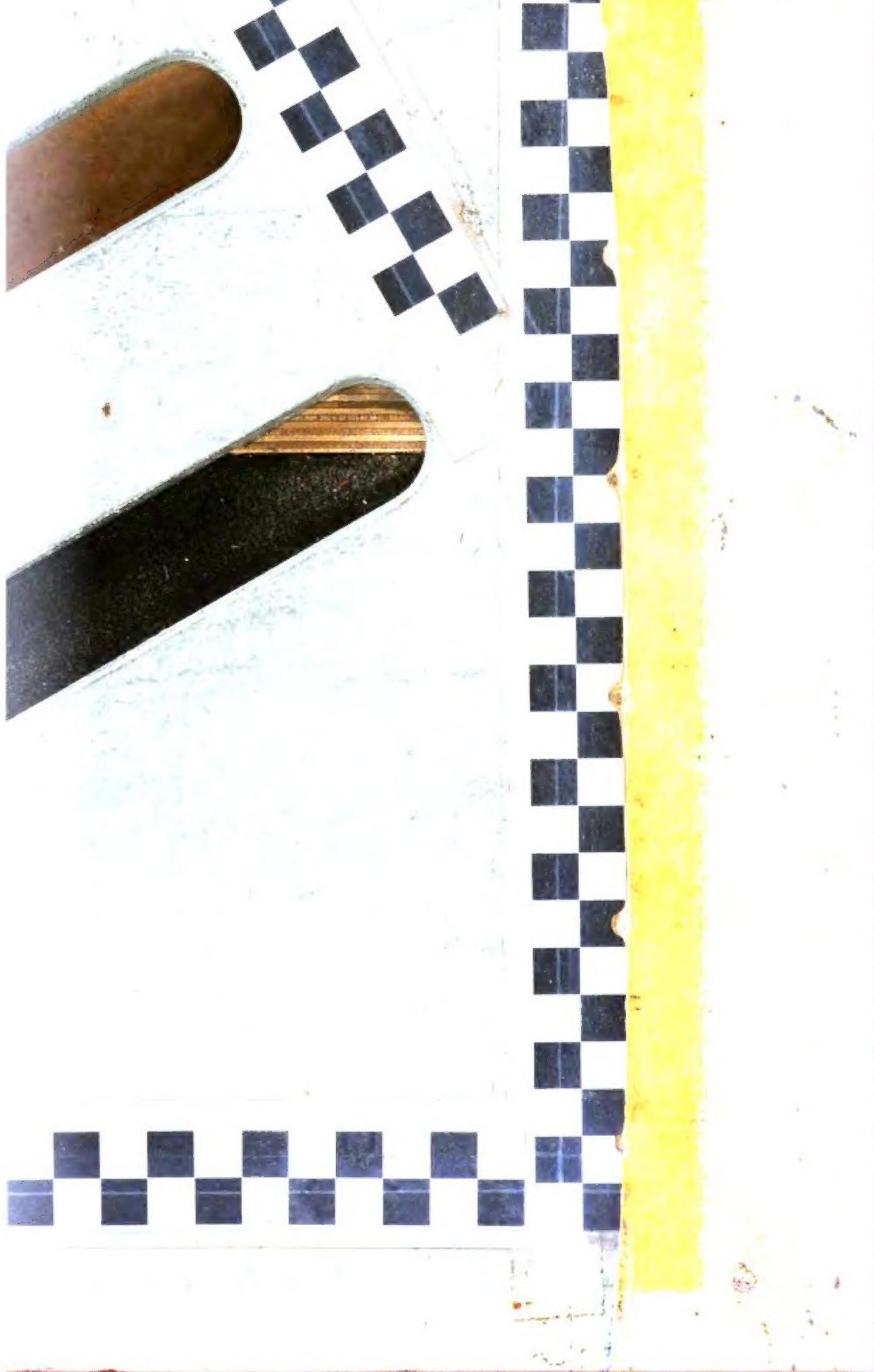
JOANNIS DAUTH FRANCI ... DE TESTAMENTIS TRACTATUS METHODICUS, ...

Johann Dauth, Giovanni Battista Coccini






13
26
17

JOANNIS DAVTH FRANCI

Jurisconsulti Germaniæ celeberrimi

DE

TESTAMENTIS

TRACTATUS METHODICUS,

ENARRATIONE PERSPICVA ET BREVI,

digestorum & Codicis titulos de testamentis & qui testamenta facere possint, nec non L. 1. ff. de vulgari & pupillari substitutione, continens, præmissa initio oratione de studio juris.

Editio secunda, priori emendatior & locupletior.

CVM INDICE LOCVPLETISSIMO.



Cum gratia & privilegio ad decennium.

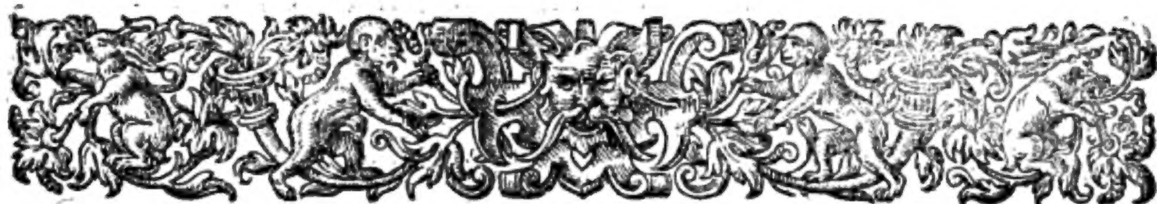
IMPENSIS

Henningi Grosii civis ac Bibliopolæ Lipsiensis.

ANNO M. DC. XI.

LECTORI S.

Cùm prælectiones hæ, De testamentis, Lipsienses, ampliß. Senatui Brunsuicensi, semel dedicatæ sint: Author honestis de causis, neq; novum illis patrocinium quærere: neq; sequentem epistolam nuncupatoriam, tanquam novam dedicationem repetere: Sed hoc tantùm, & nullo alio fine recudi voluit: ut nuncupationis jam antea factæ, testimonium extaret.



AMPLISSIMIS VIRIS, DIGNITATE, VIRTUTE, PRUDENTIA CLARISSIMIS DOMINIS Consulibus, proconsulibus, & toti ordini Senatorio inclytæ Reipublicæ Brunopolitanæ, &c. Dominis & amicis observandis. S.



NOTÆ SUNT IN ECCLESIA Christi, amplissimi viri, dignitate, virtute, prudentiâ clarissimi Domini, illæ ærumnosi prophetæ Ieremiæ & Ioannis Baptistæ voces: Non esse hominis viam ejus neq; viri dirigere gressus suos: quòd nemo sibi possit sumere quicquam, nisi fuerit ei datum è supernis, Quarum, ut à prima pueritia, ita progressu ætatis quoq;, cùm in alijs, tum in me ipso, certissima planè animadverti experimenta.

Quùm enim anno supra millesimum, quingentesimum, septuâgesimo quarto ab amplissimo ordine vestro ex Academia vocatus, ut cum clarissimo Collega, Dn. Doctore Ioanne Rosbeccio, Syndici, id est, judicis in auditorio vestro & advocati pro republica, atq; consiliarij munere perfungerer, eo in officio, non modò vivente collega, sed illo etiam piè defuncto, omnium apud vos ordinum, majorum scilicet, mediocrium & infimorum, summam benevolentiam expertus essem: de domicilio in civitate vestra, ad extremum usq; vitæ halitum constituendo, curam cogitationemq; suscepi: collega præsertim fidissimo, qui jam extremum decumberet, in id unicè; & omnibus modis intento, ut & mihi illud ipsum persuaderet: amplissimo ordini ratione, qua ego reipublicæ vestræ perpetuo, & ad vitam obstringi commodè possem, demonstrata.

Verùm longè aliam, & ab illo instituto meo, toto quod dicitur cœlo discrepantem, fata invenêre viam.

Ego enim, qui aliquot ante collegam annis, cum valetudine incommodiore conflictari cœperam, illoq; anni totius spacio graviter decumbente, & deinde mortuo, per integrum triennium, valetudinis non usq; adeò magnâ ratione habitâ, immensi oneris difficultatibus, non tàm premerer quàm opprimerer solus penè, in eam demum cala-

lamitatem temporis illius injuria, per aliorum & meam ipsius imprudentiam incidi, ut in ægro & afflicto corpore meo, cibi potusq; omnis appetentia desineret, & viribus sensim dilabantibus, ego omnem de valetudine recuperanda spem omninò deponerem.

Ne tamen in illo quasi ultimo rerum articulo, mihi ipsi deessem, bonorum hominum suasu, de conditionis lociq; mutatione cogitare cœpi: ut sive aliquid humanitus mihi accideret, res meæ in statu essent, mihi & omnibus pijs exoptatissimo: sive aliqua, ex aëris lociq; commoditate, prioris sanitatis spes affulgeret, post munera reipublicæ totum me, paucis quibusdam negociis, præclarè & laudabiliter tractandis, & ocio dederem philosophico: ad quod natura ipsa duce, à primis aspiraveram incunabulis.

Nam & præstantissimos in orbe viros, necessariis aut honestis de causis, à reipublicæ ad ministratione, ad vitam contemplatricem regressos, multisq; illorum, curriculum prædestinatione divina, in circulum quodammodò rediisse sciebam.

Quemadmodum enim luna, modò propiùs ad solem accedit, modò recedit longiùs, ut ex congressu gravida, vim quandam cœlestem singulis corporibus impertiat: ita in scholis, theoriæ operam nostram impendimus: & radiis nobilissimæ illius virtutis, quam ex Theognide Philosophus Hespero & Lucifero formosiorem esse prædicat, illuminamur. sic instructi in forum prodimus ad latera principum, regum, imperatorum ascendimus: lucem aliorum rebus impeditis & obscuris inferimus, & quoties id usus postulat in gyrũ quendã revolvimur: delubra justiciæ adimus, nova sapiẽtiæ luce perfũdimur.

Ita Albertus ille, cui, quod rerum humanarum nihil omninò, in divinis autem scripturis parum ignorasse existimaretur, Magni cognomentum obtigit, ex scholis ad Ecclesiæ & reipublicæ administrationem accessit. Et quùm in Episcopatu Ratisbonensi, per benè multos annos, præclarè se atq; laudabiliter gessisset: incredibili autem vi quadam naturæ ad rerum divinarum humanarumq; cognitionem ferretur: Episcopatui suo valedicens, & Coloniam in cœnobium reversus, totum se vitæ theoricæ & studiis mancipavit.

Si inter plurimos me exercerem (ajebat Chrysippus ille Stoicus) nunquam philosopharer. Ergo & Pythagoram, ut hominibus aliquando prodesset, ab hominum commercio aliquantisper abstinuisse, atq; anno integro in subterraneo specu latitasse: Et Periclem Atheniensem, convictum & conversationem hominum, non aliam ob causam fugisse accepimus, quam ut salubriores reipublicæ consultationes aleret: quas alioquin importuna multorum conversatione plurimùm impediri sciebat.

Diogenes Laërtius.

Plutarchus.

Quid unicus ille Romanæ eloquẽtiæ parens Marcus Tullius Cicero, Nunquid & illi rectum, aut tale aliquod curriculum fuit, quod in circulum aliquem rediret? Reipublicæ forma (inquid Plutarchus) mutata

mutata, & omnibus in unius poteſtatem redactis, Cicero publicorum negotiorum cura dimiſſa, adoleſcentibus philoſophiæ ſtudioſis vacavit, eorumq; ferè conſuetudine (erant enim nobiliſsimi & primarii) iterum in urbe valebat plurimum.

Simile aliquid Bartolo noſtro accidit. Nam ex ſcholis ad Rempublicam, à republica ad ſcholas regreſſum accepimus. Quùm enim ſub Cyno, Iacobo Butrigario, Rainerio ForoIulienſe, & Petro Bellapercticenſe integrum ſeptennium juri operam dediſſet, Doctoratus inſignia anno ætatis vigeſimo primo conſequutus, mox ad praxin animum applicuit. Tudertum enim veniens, aſſeſſoris officio in criminalibus cauſis functus eſt: in quo munere obeundo res illi peracerba accidit, ut duriorem ſententiam ferret, miſero quodam homine immeritò ad furcas damnato: quo nomine malè audire cœpit. Förſterus.

Ea ergo functione abjecta, in locum S. Victoris, non procul à Bononia ſecedens, integrum quadriennium ſe totum ſtudiis denuò dedidit, ſumma in id contentione incumbens, ut quam errore contraxiſſet labem, eam induſtria denuò elueret. Anno igitur ætatis vigeſimo quinto, Piſas ad docendum jus civile, & deinde Peruſium vocatus, reliquum omne ætatis, in ſcholis tranſegit: ita tamen ut & Caroli IV. Imperatoris conſiliarium ageret: & interrogantib. de jure reſponſa daret: advocati quoq; munere laudabili, quod de ſcriptis ipſius liquet, interdum fungeretur.

Deſino plura commemorare. Neq; enim ſummorum regum & Imperatorum exemplis deſtituimur: ſuntq; in oculis & ore omnium poſita, quæ de rege totius orbis ſapientiſsimo Solomone, divinis ſunt prodita ſcripturis. Illum enim ex ſchola Nathani prophetæ egreſſum, & ad regiam dein evectum dignitatem, quoties à practica vita ad theoricam rediiſſe putamus, ut divinos illos ſapientiæ libros, qui partim etiamnum exſtant, partim & quidem numero maximo interciderunt, elucubraret? Quàm ardet ille rerum magnarum cognitione? Super ſalutem (inquiens) & omnem pulchritudinem dilexi ſapientiam: & propoſui mihi habere illam: venerunt mihi omnia bona pariter cum illa.

Hiſce ego exemplis in illo rerum diſcrimine, animum meum tunc nutantem, fulcire atq; obfirmare ſtudui.

Etſi autem ampliſsimus ordo Senatorius, ubi de conſilio meo certior factus eſt, pluries peramicè mecum egit, ut à propoſita ſententia dimoverer: tamen ubi fixum in animo meo ſtare propoſitum intellexit, me non tantùm honeſtiſsimo teſtimonio ornatum, ſed & ampliſsimo inſtructum honorario benignè dimiſit. Quo tempore Northuſium, Imperii civitatem cum familia ſum profectus: ubi aërem ſaluberrimum, & à vicina quadam civitate, cui per multos

 annos

annos studium meum, in arduis quibusdam & gravibus causis impenderam, medicum nactus idoneum, anni unius spacio ita respirare cœpi, ut de valetudine commodiore exultarem totus: eamq; loci opportunitatem, cum libertate, bono, illa præsertim tempestate, planè inæstimabili, conjunctam, cum multorum splendore & opib. maximis permutare minimè cuperem. Quare repudiatis functionibus honestissimis, quæ à principibus, scholis, & rebuspublicis ad me deferrentur, paucis quibusdam apud summum imperij tribunal negociis, & de jure interrogantibus vacabam.

Conceperam etiam animo meo, quandam juris civilis informationem compendiariam, qua summa materiarum, & textuum eò pertinentium sensus communes, breviter explicarentur atq; methodicè: præsertim quùm supellex mediocris remissionum, in universum jus civile, per multos annos eo fine mihi jam esset comparata.

Inspiciebam deinde, certis quibusdam & statis diebus veteris Ecclesiæ historiam atq; certamina, & acta quæ extant synodorum œcumenicarum omnia, ut testibus fide dignis, & ab omni remotis suspicione, de cujusq; controversiæ Ecclesiasticæ vero statu, accuratissimè erudirer: atq; hoc pacto Titul. C. De summa trinit. & fid. Cathol. & de hæret. & Manich. cum concordant. atq; nobilissimarum eò pertinentium Constitutionum, verissimum sensum assequerer.

Dum in hoc ocio meo philosophico Deorũ vitam vivo, tristissima illa persecutio exsurgit, qua populares & propinqui mei, Augustanæ confessionis per Franciã orientalẽ socii, durissimè exerciti sunt. Ea de re ego certior factus, Illustriss. tunc Sax. Elect. Christianũ &c. Dominum meum clementissimũ, felicis recordationis, appello supplex, ut quùm illa calamitas ad me meosq; propinquos etiam spectaret, illustrissima ipsius celsitas, pro miseris illis & afflictis hominib. intercedere vellet. Annuit illius celsitas benignissimè: sed ita, ut paulò pòst à me postularetur, ut munus assessoris in suprema Curia Elect. Saxon. cum professione juris in Academia Lips. obire vellem. Etsi autem scholam illam, ut matrẽ venerandam semper ardenter dilexeram: tamen quòd existimarem, facilè alios functionib. illis idoneos reperiri posse homines, imbecillioris valetudinis respectu, quæ munerib. illis suffectura minimè esset, me pluries, quanta omninò fieri potuit animi demissione, excusavi. Verùm non destitère illustriss. celsitatis ipsius consiliarii, rationibus magni momenti & gravissimis me urgere, ut optimi principis clementissimam in me voluntatem, etiam atq; etiam animo mecum penitius reputare, neq; mihi soli vivere vellẽ. Quin & in arce oppidi Coldicensis, quo Elector Saxon. venatum excurrerat, unus ex intimis consiliariis Saxon. mihi plurib. exponebat: quùm totius provinciæ multum interesset, subditorum lites, quæ in suprema Electoratus Saxon. curia ventilarentur, justo tramite decurrentes, rectè definiri: in quam rem assessorib. ætate provectioribus & rerum experientia instructis opus esset: clementiss. suum Dominũ omninò velle, ut me

Collegio assessorum adjungi paterer. Respondi ego me quidem si valetudo nō obstaret, Lipsiæ jura expositurū: sed subjectissimè petere, ut alterius illius functionis respectu mihi parceretur: præter n. proposítas, alias & longè justiores recusationis causas me habere, quibus proculdubio illust. Elect. Sax. clementissimè assensurus esset. Quòd si omninò munus illud auditoris mihi obeundum foret: in curia me non compariturū, sed domi actis gravioribus omnib. visis atq; recognitis, relationem plenā equidem qualis celebrium judiciorum esse soleret, scriptam tamen, ad collegium missurum esse, plus à me pro ratione valetudinis, neq; postulari rectè neq; etiam commodè præstari posse. Postquam collocutionem Lipsiam, & deinde paulò post ad familiam domum reversus sum: ubi primario cuidam ex nobilitate viro etiamnum superstiti, mandatum fuit, ut illustrissimi Saxon. Electoris nomine negocium omne mecum porrò conficeret.

Quùm ergo is mihi renunciasset, Dominū suum clementiss. nihil aliud postulare, quā ut ratione valetudinis habita, juris tantū professioni in Academia Lips. vacarem: officio autem assessoris, aliisq; negotiis minimè implicarer: conditionem, quam salva conscientia porrò recusare non possem, pro honore principis & scholæ, cui multùm me debere sciebam, & Candidatorū juris utilitate amplexus sum. Officiū autem, diligentia medicorū tantisper in ea Academia feci, donec admiranda Dei providentia, integro triennio exacto, in illo penè, quo cum omni familia in urbē veneram, temporis articulo functioni illi rursus valedicerem. Operarum autē tempus, diebus illis, quibus tum à prælectionib. publicis more majorum cessatur: tum ego post obitum Elect. Christiani honestis de causis abstinendum putavi: ad biennii metas accedit. Quo tempore doctrinā de testam. methodicam, cum enarratione perspicua & brevi titulorū in ff. & C. de testam. &c. Et, Qui testam. fac. poss. proposui. Et posteà, quùm operis scholasticis iterum assuevissem, secundū ordinationem Saxon. animum ad sublimem, necessariam, & utilissimam substitutionum materiam, adjeci: in qua utcunq; valde difficilis & incommodus mihi labor scholasticus esset, omnes ad extremum ingenii vires experiri hactenus constituerā, ut & corpus doctrinæ illius extaret universū: & textus omnes eò pertinētes exponerentur perspicuè. Verùm ad finē repetit. l. 1. ff. vulg. & pupil. substit. vix progressus: idē quod in functione syndicatus vestri, & ocio illo meo Northusano didicerā, hîc quoq; sum expertus: Non posse scilicet hominē sibi sumere quicquam nisi ei cœlitùs datū fuerit. Quùm ergo aliud, à meo proposito Dei opt. max. summè bonū & reverenter adorandum consiliū fuisse, res ipsa planè ostenderit: habebunt me omnes excusatū q; opus juxta ὑπόθεσιν in initio ꝓpositā non absolvi. Eruntq; ex præstantib. germaniæ nostræ jureconsultis alij qui majore judicio, ingenio, experiētia, hanc quoq; nobilē juris nostri partē repetant: suisq; ornamentis illustratā reddant auctiorē. Vix n. futurum est, ut ego quæ

semel

ſemel ædificare cœpi, in aliud planè vitæ genus nunc ingreſſus compleam: quùm tanta illius materiæ ubertas ſit atq; difficultas, ut integrum hominem requirat.

Docendi ratione ea ſum uſus, quæ & captui omnium ex æquo auditorum eſſet accommodata: & varietate quadam conſtans, diſcentium animis labores ſcholaſticos efficeret ſuaviores. Qua in re ſummum illum & incomparabilem Guilhelmum Benedictum pro tenuitate mea imitari volebam. Vt minimè in me reprehendendum ſit, ſi aut ſimpliciore interdum expoſitione, ingenia quorundam ſublevare: exemplis virtutum & eruditionis, remiſsioribus calcar addere: digreſsionibus interdum, ſed raró onus laboris ſcholaſtici auditoribus tolerabilius facere: totum autem cœtum auditorum, omni qua fieri potuit ratione, ad nobile juris ſtudium, magno & indefeſſo animo alacriter capeſſendum, accendere volui.

Ad publicationis porrò & dedicationis meæ cauſas quod attinet: breviter res ita habet, quòd illam mihi neceſsitas, hanc verò honeſtas extorſit.

Remiſsionum quidem in jus civile univerſum, reſponſorum, quæſtionum practicarum, aliarumq; juris commentationum, quas penes me habeo, nihil huc uſq; ſciente me & comprobante, lucem aſpexit: quod tempus, valetudo, & plures aliæ ærumnæ atq; occupationes, mihi in præſentem uſq; lucem obſtiterint, & etiamnum obſtent, quò minùs mihi ipſi in omnibus ad plenum ſatisfecerim. Ergo ne nunc quidem prælectiones haſce meas editurus fueram, niſi huc me quædam adigiſſet neceſsitas. Extant enim & cotidiè in lucem prodeunt, ſuis non modò abſoluta numeris, ſed & perpolita, Iuriſconſultorum præſtantium ſcripta plurima, quæ aut à theoricis excellentibus, qui omnem in ſcholis ætatem conſumpsēre, aut à practicis illuſtribus, urſino more, quemadmodum Maroniana carmina, ficta & reficta ſunt. Ego verò poſt quindecim annorum metam, quæ præcipua ſui parte in Reipublicæ adminiſtratione, omnis autem & tota extra ſcholas mihi decurrit, ad functionem ſcholaſticam coactus penè redij: munere injuncto, ſtudio quanto id fieri poſſet maximo, ſed extemporaneo, & multoties alijs interpellato negocijs, quæ Lipſiam mecum attuleram, perfungens. Vnum ſolummodò & alterum locum, qui poſteà in praxi mihi occurrerant, reddidi ornatiorem: omnem autem hanc tractationem ſemel tantùm, poſt meum ex Academia diſceſſum, in civitate veſtra relegi, quando ſummas operi tales, quales etiamnum viſuntur, præfixi. Singulas autem operis partes, quaſi elimare & perpolire hucuſq; non potui: ac fortaſſe potero nunquam: alijs videlicet commentationibus meis, horas ſucciſivas illas, quibus à functione ordinaria remiſsio datur, poſcentibus.

Quùm

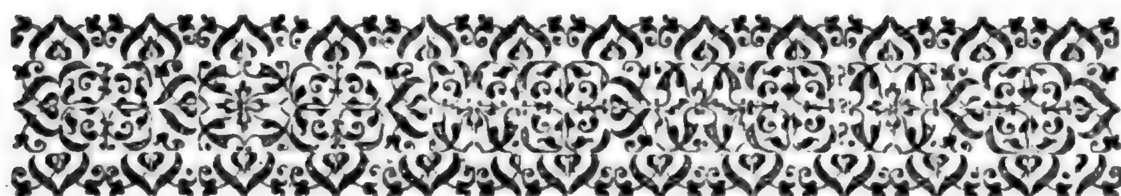
Quùm autem harum prælectionum mearum editio non ab amicis modò, ſed & à ſtudioſa juventute expeteretur: earumq; exempla in plurimorum manibus verſari ſcirem: ac proinde metuendum eſſet, ne de illis idem eveniret quod Clariſſimo I C. Matthæo VVeſenbeccio, aliisq; multis, & mihi adeò ipſi jam anteà accidiſſe compertum eſt, ut inſcio me atq; invito ab aliis, cum mea injuria, minùs caſtigata ederentur, atq; mutila: procurandam potius, quam ulterius differendam editionem cenſui: præſertim quùm veras & receptas interpretum ſententias, ea fide & diligentia pertractaverim, ut quantumvis non pauca ſint, quæ ornatu majore in lucem proferri poterant, hoſce tamen labores meos, praxin forenſem ſectantibus, & ſtudioſæ juventuti, non gratos modò, ſed & utiles fore, omninò perſuaſum habeam. de quo tamen & reipublicæ veſtræ, præſtantiſsimis Iuriſconſultis civibus inſtructiſsimæ, omniumq; per univerſum orbem bonorum virorum liberrima judicia ſunto. Quibus ſi qualeſcunq; operas haſce meas probari ſenſero, nihil laboris, ſtudii, induſtriæ prætermittetur, ut & reſponſa mea, practicæ quæſtiones, remiſsiones, aliaq; primo quoq; tempore cum jurium ſtudioſis communicentur.

Vobis autem, ampliſsimi viri, haſce monimentorum meorum primitias ideo conſecrandas duxi: ut benevolentiæ, mihi ab ampliſſimo ordine veſtro, non modò ſyndicatus mei, atq; receſſus tempore, ſed & poſtea exhibitæ, perpetuum extaret, & ad omnem poſteritatem, grati animi documentum. Quùm enim ad vos perlatum eſſet, poſt Electoris Saxoniæ Chriſtiani obitum, me ex Academia Lipſenſi denuò abiturum: tertia vice ad ſyndicatus, advocati & conſiliarii munus literis veſtris me revocare ſtuduiſtis. Cui vocationi ego me lubens tunc accommodaſſem: niſi & valetudo incommodior, aliæq; honeſtiſsimæ atq; graviſsimæ cauſæ, animum meum aliò torſiſſent. Quùm ergo ea in re ampliſsimo ordini veſtro gratificari non potuerim: hac ſaltem prælectionum mearum oblatione, animum benevolum, & de republica veſtra benè merendi promptiſsimum, oſtendere volui: certiſsima ſpe fretus, vos hoc quicquid rei eſt, libenter ſuſcepturos: quod ut faciatis, peramanter rogo. Quo nomine ampliſsimo ordini veſtro, totiq; reipublicæ, omnia ea, quæ à me præſtari poterunt, grati animi officia, lubens repromitto. Dabantur Magdenburgi III. Kalend. Febr. Anno Salutis M. D. XCIIII.

Veſt. Amplit.

Studioſiſs.

Johannes Dauth. D.



ORATIO DE STVDIO IVRIS IN INITIO PRÆLECTIONUM. Anno 1588. 7. die Octobris habita.



VVM INITIA CUIUSQVAE REI splendida esse conveniat: diu multumq; cogitanti, qualem columnam in tractationum mearum initio ponerem: commodùm Ulpianus & Gajus[a] Jureconsulti occurrunt, ejusmodi cumprimis exordia, in omni genere docendi exigentes, quæ & ad cognitionem propositæ materiæ libentiùs nos perducant: & quùm illuc venerimus, ejus evidentiorem præstent intellectum. δοκεῖ γὰρ πλεῖον ἢ τὸ ἥμισυ τοῦ παντὸς εἶναι ἡ ἀρχή. *Rectè ergo me facturum arbitrabar: si de fine juris, & medijs eò ducentibus, tum de Jureconsulti in Ecclesiasticis, Politicis, Scholasticis tractationibus officio triplici, tribus orationibus breviter differerem: quod hac ratione jurium studiosi, & de scopo sibi adferiendum proposito, & de arte adhibenda erudiri potuissent. Neq; ad eam rem imparatus accessi.*

[a] Leg. 1 ff. orig. iur. l. 1. ff. reb. cred.

Verùm gravibus de causis ante biduum primùm mutavi sententiam.

Ergo nunc quidem de Jureconsulti officio scholastico tantùm agam: cætera suo tempore & loco DEO *favente, executurus.*

Etsi autem me non fugit, illustrium Jureconsultorum hoc de argumento, utilissimas extare monitiones, commonefactiones necessarias, & haud contemnendas, consilia præclarissima: quibus omnibus maxima à nobis debetur gratia, quòd resectis spinis & dumetis, quibus omnis propè juris ars quasi consepulta jacuit, ad veterum illorum prudentum, quos tantoperè admiramur, monimenta, iter nobis munierint: quòd juris labyrinthos penetrare volentibus, Thesei filum commonstrarint; quòd ad sacra justiciæ adyta, suam nobis prætulerint facem. Honestissimæ tamen causæ sunt, cur de eadem re nunc mihi dicendum putarim. Nimirum ejus ordinis, quem DEO *favente, observare decrevi, jurium Candidati mihi commonefaciendi sunt: ubi & antecessorum vestigijs insistemus religiosè: & quæ porrò subijcienda sunt, indicabimus fideliter.*

Quùm autem interpretationum nostrarum initium more majorum, à divini numinis invocatione nobis, duram certè provinciam ingressis, faciendum sit: Te ergo, sancte DEUS, *sancte fortis, sancte immortalis, te inquam pater unigeniti & dilecti filij, Domini & liberatoris* JESU CHRISTI, *propter æternum propitiatorem precor, ut hoc tristissimo tempore totum corpus Ecclesiæ senescentis & afflictæ tandem clementer respicias: eamq; sancto illo tuo spiritu regas & sanes: ut scuta terræ, sub quibus, te favente, toto illa terrarum orbe hospitem agit, & præsertim Illustrissimum atq; potentissimum principem & Dominum Dominum Christianum, Ducem Saxoniæ, sacri Romani imperij Archimarschallum & Electorem, Landgravium Thuringiæ, Marchionem*

nem Misniæ, Burggravium Magdeburgensem, &c. Dominum nostrum clementissimum: contra furores Diaboli & organorum ejus protegas paternè: ut nobis in hac quoq; schola halcyonia concedas, doctrinæ, quam Filio & Spiritu tuo revelante, accepimus, explicandæ & bonarum artium atq; disciplinarum studijs, quæ verbo tuo & Ecclesiæ serviunt, docendis & discendis necessaria: Ut operibus manuum nostrarum benedicas: eaq; ad sanctissimi nominis tui gloriam, Ecclesiæ & omnium nostrum salutem dirigas, Amen.

Cælesti ergo favore ad tractationes meas conversus, te Magnifice Domine Rector & vos omni virtutum, doctrinarum, atq; dignitatum genere Reverendos, Clarissimos, Spectabiles, humanissimos viros, & cumprimis Dominos & collegas meos honorandos, tum strenuos nobiles, jurium atq; optimarum artium & disciplinarum candidatos reverenter atq; humaniter rogatos volo, ut quùm per plures annos à scholis absens, politicis tractationibus totus addictus fuerim, orationis inexcultæ rudem materiam æqui boniq; consulere velitis. Ego certè DEO *favente, me non ocioso verborum apparatu, sed reipsa eum ostendam, qui de omnibus vobis suo loco & pro sua tenuitate benemereri ex animo cupiat.*

Interpretationis ergo materiam propediem aggrediar: si ante omnia hac oratione, de Jureconsulti officio scholastico, puta, de ratione docendi juris paucis explicuero. In cujus argumenti tractatione, quod cum ratione congruere, quod usu exploratum esse videtur, id cumprimis studiosè consectabor. Quod si alicubi fortè ab alijs dissensero, judices æquos, qui ad rationis normam omnia nostra accuratè expenderint, mihi veniam daturos confido. Ubi enim cum veritate authoritas confligit, illius potior quàm hujus, ducenda ratio est.

Nullius autem vel authoritati, vel opinioni mea oratione præscriptum volo. Sed ut quemlibet, quod maximè ex re esse putarit, periculo suo eligere jubeo: Ita modestè meam sententiam exponam, quam vel probari, vel improbari etiam, mea non multùm interest dummodò ego officio, loco, & ordini meo non defuerim.

Porrò tractationem nostram προγυμνάσματα *quædam, deinde methodum, & in expositoribus deligendis judicium complecti video: quùm de juris fine, unde interpretationum nostrarum initium ducimus, alijsq; huc pertinentibus, alio mihi loco dicendum sit.*

Ad præludia juris quod attinet, nota est Philosophi sententia, omnem doctrinam ἐκ προϋπαρχούσης γνώσεως *existere. Qua de re multis agendum non est: quùm hujus argumenti gravissimorum juris interpretum, Duareni putà & Jacobi Thomingij, præsidis quondam in auditorio juridico hujus Academiæ longè clarissimi, Domini & præceptoris mei honorandi, Matthæi VVesenbeccij, & aliorum luculentæ commentationes extent: quibus monemur, Jureconsulto operam dandam, ut artibus dicendi, & cumprimis disserendi facultate mentem benè excultam habeat.*

Sit ergò & interpres juris hisce adminiculis necessarijs instructus: & ingenuam juventutem sedulò præmoneat, ut vel ad Jureconsultorum auditoria hæc adferat subsidia, aut ea sibi primo quoq; tempore comparanda sciat.

Quemadmodum enim sola [a] *professio militem te non facit, etiamsi negociationum studio abjecto, votum solenne feceris stigmate quoq; militiæ exornatus, in commilitonum album recipiâre: nisi & examini subjectus, ense, baltheo, thorace, galea, calceis & scuto, aut ijs, quæ nostris moribus in levis atq; gravioris armaturæ milite desiderantur, militiæ obeundæ ritè comparatus sis: Ita in justiciæ castris & juris studio infeliciter illi versantur, qui veræ Philosophiæ tractandæ instrumentis, id est, artibus logicis destituuntur. Hac nimirum ratione Peripatetici, quemadmodum Plutarchus in primo de placitis philosophorum libro refert, studium sapientiæ partiuntur, ut (quùm Philosophia animi*

[a] *Ol. l. pen. ff. ex quib. caus. major.*

animi perfectio sit, hujus autem duæ vires admodum præstantes, quibus homo à bellua differt, νοῦς videlicet atq; ὄρεξις existant) aliquam ejus partem θεωρητικὴν, quæ τὸ γνωστικὸν perficit, aliam πρακτικὴν, quæ τὸ τ ψυχῆς ὀρεκτικὸν absolvit, esse perhibeant. Λογικὴν verò illi non partem, sed Philosophiæ instrumentum constituunt, præsertim nobilem illam disserendi facultatem, de qua magnus ille eruditorum omnium sanctissimæ & immortalis memoriæ præceptor, Philippus Melanthon graviter pronunciat: Dialecticam non in Philosophia modò & in Ecclesia, sed in foro quoq; & judicijs utilem esse.

Quæ quum usu cotidiano & per experientiam omnibus nota sint, demonstrationem longiorem non requirunt. Quis enim usq; adeò insanijt unquam, ut fabrum sine instrumentis opificium suum haud quaquam tractare posse in dubium revocârit? aut de ejusmodi argumenti genere expetierit probationem? Sit ergo hoc jam constitutissimum, sine instrumentis Philosophiæ, boni & æqui artem, quam veram Philosophiam Ulpianus noster appellat, commodè nec disci neq; doceri posse.

Cæterum logicis artibus, etiam doctrinam de moribus eos, qui juri operam daturi sunt, conjungere oportet: ut non modò ad sacræ justitiæ adyta sacerdotali, id est, verè philosophico accedant habitu: verùm etiam in scholis fontes disputationum juris rectius pernoscere, & in Republica administranda viros se & eos præstare queant, quales juris sacerdotes, & veræ non simulatæ Philosophiæ sectatores par est atq; decet.

Et plurimùm Matthæi VVesenbeccij in hoc genere comparationem eruditam probo.

Sicut enim Plato Geometriam & Arithmeticam duas esse statuit alas, quarum quasi remigio ad cælestium corporum, & totius universi cognitionem homines evehantur: Ita ille sibi videri ait, duo imprimis instrumenta à liberalioribus disciplinis candidato juris esse petenda, quibus adminiculis subnixus, in artem jurisprudentiæ majoribus auspicijs minoreq; cum difficultate pertendat, disputatricem nempe scientiam, & eam Philosophiæ partem, quæ de moribus inscribitur, &c.

Hisce enim artibus veteres illos, quos tantoperè admiramur, juris prudentes, optimè excultos, & ut plurimum à Stoicis eruditos fuisse, ex plerisq; locis Ciceronianis & ex Pomponio nostro constat.

Cæterùm methodi juris non usq; adeò expedita ratio est.

Nam Julius Pacius[a] *I C. clarissimus quinq; ex ordine juris docendi rationes commemorat, primam Placentini & Azonis, secundam Accursii & Græcorum, tertiam Bartoli & aliorum, qui partim Bartolum præcesserunt, partim sequuti sunt, quartam Alciati & Zasii, quintam recentiorum quorundam interpretum: & quid in singulis requirat aperit.*

Thomingius noster Azonis, Goffredi, Hostiensis summas ad definitivam, Doctorum tractatus, ut vulgò appellantur, ad compositivam, alias docendi rationes, putà distinctiones, regulas, receptas opiniones, ad resolutivam methodum refert: & eu mentis legitimæ disciplinæ (cum quibus titulos duos De verb. ac rer. signif. & de reg. jur. conjungendos existimat) perceptis, totius juris corpus de Azonis aut similium scriptis, ὡς ἐν τύπῳ, cognoscendum deinde singulas causas ad singulas leges accommodandas, easq; in contrarias partes accuratè examinandas censet: & hanc methodum cæteris omnibus præfert.

Antonius Contius[b] *omnes ferè in reprehensionem vocat, ipse Justiniani methodum retinendam censet. De ratione (inquiens) docendi discendiq; juris multivarios libros, quidam summas, plerìq; methodos, alij communes locos, omnes veram juris artem se tradere confirmantes scripserunt. Quod si quis omnes ordine evolverit, eósq; invicem contulerit, discordiam reperturus est implacabilem. Hoc incommodum ex propria & innata plerisq; nostræ professionis Φιλαυτίᾳ radices egit, dum quò quisq; sibi ingeniosior videtur, eò est ad novam juris artem pollicendam audacior. Nullam tamen meliorem*

viam

[a] *In oratione de juris civilis difficultate ac docendi methodo.*

[b] *Lib. 1. subsecivar. lection. cap. 11.*

viam & methodum quærendam puto, ea, quæ in institutionibus primò generaliter designata, & ut ait Aristoteles ὡς ἐν τύπῳ designata: Deinde subtilius & effusius in latioribus Pandectarum libris deducta & expressa est. Quod si interdum sub quibusdam Pandectarum titulis, propria tituli alicujus materia non tàm digesta quàm congesta videbitur: non erit difficile cuivis vel in minimis Dialecticis regulis versato lectori, in quam videbitur commodam methodum non adeò vastam, materias distinguere: quam ad rem multum proderit & Azonis summam paulò emendatiorem percurrisse, & Eguinarij Baronis manualia edidicisse, &c. Et postea: Hactenus enumerata est tota juris docendi & discendi ratio, ab ipso imperatore præscripta, ex qua facile intelligi potest, quàm præpostere hactenus multi & doceant & discant, dum titulum de verb. signif. & De reg. jur. unà cum institutionibus legunt: dumq́; nullas ferè partes tanto apparatu publicè tractant, quanto sextam & septimam: quas tamen privato cujusq́; studio evolvendas relinquit Justinianus. Hæc ille.

Verum Imperatoris nostri methodus non eò solum ordine librorum, quem Contius explicuit, sed & certa juris interpretandi ratione constat. Commentarios enim suis legibus Justinianus adhiberi vetuit: interpretationem κατὰ πόδας, & ea quæ παράτιτλα nuncupantur, componi solummodò permisit. [a]

De aliorum censuris referre nil attinet, quando vel ex ijs, quæ strictim allata sunt, in quanta judiciorum diversitate hæc sit posita disceptatio, liquidò perspiciatur. Et quamcunq; rationem amplexus fueris, in reprehensionem incurres. Ergo ut jam olim Stoici [b] *à Peripateticis & in jure nostro Cassiani Sabiniani, Procullani, Pegasiani, apud Ciceronem deniq; Brutus, Scevola, Crassus, Sulpitius inter se dissentiebant: Ita de juris quoq; methodo maxima hodiè inter eruditos concertatio est.*

Neq; enim quenquam prudentum, qui in Republ. versatus sit, Justiniani nostri legibus me oppugnaturum arbitror: quarum ut alias, ita de juris quoq; docendi discendiq́; ratione necessaria authoritas esse debeat.

Nam ut minimè dubito, [c] *Imperatoris nostri methodum ejus ætate, contra quam alij censent, longè optimam fuisse atq; perfectissimam: Ita nemini obscurum esse potest: quum & à Justiniano mox in occidente omne jus in occulto jacuerit, & à Lothario Imperatore annis abhinc CCCC. & amplius in usum redierit communem: ac deleto Caroli Magni viribus Longobardorum regno, Pontifices etiam, qui in vacua venerunt, jura reddiderint: quæ posteà tribus voluminibus instar Justinianei operis collecta sunt: cessantibus Imperatorum rescriptis, prudentum necessariam omninò fuisse interpretationem.*

Quæ cum usu exigente seculis aliquot, Imperatorum, Regum, & totius adeò orbis consensione summa comprobata, & in scholas atq; forum reducta sit: frustrà ab ijs, quibus cum speculatione practicum sensum conjungere, & in Republica versari nunquam contigit, impugnatur.

Ut ergo Romani imperij florentissimum statum, qualis tum fuit, quum Theodosii Majoris & Honorij atq; Arcadij filiorum ejus ætate, in summo consisteret fastigio, hodie admirari quidem, recuperare verò non licet: quum toto corpore miserabiliter distracto, alia Magistratuum & omnium eò pertinentium nunc ratio sit: Ita ad juris docendi rationem quod attinet, meminerimus aurea illa priscorum Jureconsultorum & Justinianea secula haudquaquam reditura. Illorum ergo monumentis fruamur: instituta illorum, quò ad ejus fieri potest, imitemur: ita tamen ut quod usus & necessitas hujus nostræ ætatis requirit, non negligamus.

Non ergo quæ veterum, aut Justiniani ætate optima docendi juris ratio, quis Curiarum Romanarum stylus fuerit, hoc tantùm, sed quid ex re nostra sit, simul percontemur: Utq; quod quærimus, id nobis tandem elucescat: Veteres cum nostratibus Jureconsultis

[a] *l. 1. & 2. C. vet. jur. enuclean. Alciat. lib. 2. dispunct. capit. 23. Cujac. lib. 5. observat. cap. 25. Idem in præfatione paratitlis præfixa. De paratitlis etiam aliquid dicit Pac. in præfata oratione.*

[b] *Conc. lib. 1. subsec. var. lection. cap. 12.*

[c] *VVesenbec. de juris studio instituendo, q. 12. fol. 173. vers. Atqui hi quidem.*

sultis, theoricos cum practicis comparemus.

Et quemadmodum prudentem illum magistratum perhibemus: qui sententiam suam tanquam navigium aliquod atq; cursum ex reipublicæ tempestate moderatur: Ita & Jureconsultum, qui in juris interpretatione, non tàm ideas Platonicas, quàm Civitatis suæ statum respiciendum existimârit, probamus. Finis enim juris non contemplatio, sed rerum publicarum salus & laudabilis administratio est.

Porrò professionis nostræ initium à juris institutionibus faciendum esse constat. Et de interpretationis ratione mihi cum superioris & nostræ ætatis Jureconsf. convenit: ita tamen, ut more majorum hisce jurium incunabulis titulos duos De verb. signif. & de Reg. jur. conjungendos putem. Quæ sententia cum Thomingij nostri & Matthæi VVesenbeccij orationibus luculentè comprobata sit, nostra defensione haudquaquam indiget.

Fateamur sanè Justinianum nostrum probabiles rationes habuisse, ut titulos illos in extremum usq; Pandectarum locum rejiceret: Nos in argumenti hujus tractatione evidentem necessitatem & usum longè maximum ob oculos meritò habemus.

Ut enim Theologiæ & arti medicæ aut Philosophicis etiam studijs nemo animum adjungere potest, nisi verborum & rerum, quibus nobilissimæ illæ scientiæ utuntur, peritiam habeat: Ita idem omninò de juris arte judicandum. Ut proinde verborum & rerum significatio juris nostri præexistens cognitio sit.

Deinde memorabili Philosophi dogma est: [a] ἀρκτέον ἀπὸ τῶν ἡμῖν γνωρίμων. *Notius autem est genus qualibet sua specie: Ut proinde ad specierum cognitionem generis notitiam præcedere oporteat,*

Cogitemus etiam in ejusmodi discertationibus non omnia ad vivum resecanda.

Non enim Euclidis demonstrationes tractamus: sed de re ad scholas juridicas pertinente probabiliter disserimus. [b] μεμνῆσθαι δὲ χρὴ, τὴν ἀκρίβειαν μὴ ὁμοίως ἐν ἅπασιν ἐπιζητεῖν, ἀλλ' ἐν ἑκάστοις κατὰ τὴν ὑποκειμένην ὕλην, καὶ ἐπὶ τοσοῦτον ἐφ' ὅσον οἰκεῖον τῇ μεθόδῳ, *secundum Philosophum.*

[a] Aristoteles lib. 1. physic. auscult. Idem lib. 1. Ethic. ad Nicomach. cap. 4. 7. & lib. 2. cap. 2. Dec. post Bald. ad rubr. num. 45. ff. de reg. jur.
[b] Aristoteles. lib. 1. Ethic. ad Nicomach. c. 7.

Fundamine bene extructo, ad Pandectarum libros properandum erit. Qua in re mihi rursum cum omnibus ijs convenit, qui primò levi & simplici via, post deinde diligentissima & exactissima ratione interpretationis materiam tractandam putarunt. Hanc enim moralis Philosophiæ docendæ discendæq; Aristoteles filio suo rationem præscribit: δεῖ ὑποτυπῶσαι πρῶτον, εἶθ' ὕστερον ἀναγράφειν.

Monet ante omnia prima lineamenta ducenda, tum ad rem depingendam accedendum esse. Ut proinde duplex juris docendi ratio sit: Una generalis & ὡς ἐν τύπῳ, *quæ sit operis futuri delineatio quædam, Placentini, Azonis, Baronis, Contij, Duareni, Thomingij, VVesenbeccij partim libris editis, partim orationibus commendata. Altera exactissima totius & singularum ejus partium exædificatio.*

Ad priorem illam docendi rationem quod attinet, constat interpretes eo genere, luculentioris tractationis nobis fontes aperuisse.

Et Cujacij quidem atq; VVesenbeccij παράτιτλα *omnibus jurium Candidatis ad manum esse velim. Vehementer etiam eos probo, qui nostræ professionis studiosos adhortantur, ut post lectionem tituli alicujus, sibi certos locos proponant, quo singulæ leges referantur.*

Quod si meam quis sententiam in dirigendis jurium titulis scire desiderat, illi ego quid ex re discentium esse putem, ingenuè quidem, at modestè, & salvâ rectius opinantium censurâ; aperiam.

Non eadem calcei forma omnibus congruit pedibus: generalia tamen hæc mihi sunt: ut in omnium titulorum & materiarum juris delineatione, & prima quasi digestione, ὁρισμὸν καὶ διαίρεσιν, σύνθεσιν, ἀνάλυσιν, *quatenus id materiæ subjectæ ratio admittit, conjungenda putem.*

Investi-

Investiganda ergo cujusq; rei definitio, tum divisio, quæ ad definitivam methodum pertinent: Deinde universa tituli materies per σύνθεσιν in unum corpus genericè aggreganda erit: quod fiet, si substantialia, naturalia, accidentalia, effecta actuum civilium diligenter pervestigemus. Horum enim capitum necessarius & maximus in foro usus est: Usq; adeo, ut cui hæc præsidia absunt, is neq; respondentis de jure, neq; judicis, neq; patroni officium dextrè facturus sit. Ea autem, quæ ad jus exornandum magis, atq; amplificandum, quam ad juris finem respectant, omitti velim. Ad corporis autem totius delineationem, etiam singularem partium hypotyposis pertinet. Ergo ἀνάλυσις etiam adhibenda erit, ut singulæ leges in sua resolvantur principia, & monstretur, ad quam vel definitionis vel divisionis, aut requisitorum, naturalium, accidentalium partem quælibet lex pertineat.

Utrum textus regulam ponat, an regulæ exceptionem aliquam, aut sublimitationem etiam. Dispiciendum ergo erit de exceptionibus, Replicis, Duplicis, Triplicis, &c. quemadmodum rectè Julius Pacius ea, quam adduxi oratione monet.

Minimè enim docendi ratione carere possumus, qua juris regulæ variè amplificantur, & diversimodè limitantur: quum & ad œconomiam juris constituendam necessaria, & practicæ quàm maximè conjuncta sit. Quid enim judicia aliud quàm actio, Exceptio, Replica, Duplica, Triplica, Quadruplica sunt: quæ interpretes nostri regularum, limitationum, sublimitationum nominibus efferunt?

Verùm ne antecessorum nostrorum hac de re opinationes diversæ, juniores offendant, cumprimis observandum, Thomingium quidem nostrum non pauca in eo docendi genere desiderare: VVesenbeccium [a] verò contra, quæ ab illo adferuntur regularum juris incommoda elevare: eam docendi rationem ut necessariam & utilem commendare: & quasi aperto Marte cum illo ea de re confligere. Sed & illius atq; hujus salva authoritas est: Utrinsq; sibi rationes optimè constant atq; pulcherrimè. Nam haudquaquam omnium regularum usum è scholis sublatum ille voluit: sed docendi generibus inter se aptè collatis, id optimum esse pronunciat, quod veritati inveniendæ quam maximè conveniat: Hoc autem rectè illum de juris decisionibus & legibus practicis, adeoq; de incidentibus tradidisse causis, nemo dubio procul eorum omnium, quibus integer sensus & rectum judicium est, diffitebitur. Eaq; ratione Jureconsultos veteres in responsis suis usos & eos qui consilia de jure interrogantibus impertiunt, aut illustribus auditoriis præsunt, in decisionibus causarum & quæstionum occurrentium etiamnum uti constat. Et excelluit quidem eo in docendi genere mirificè Thomingius noster: orator excellens, Philosophus benè excultus, & Jureconsultus summus, usq; adeò, ut si illi nobilem & clarissimum Jureconsf. Dominum Hartmannum Pistorium, (quem honoris causa nomino) conjungere hodiè liceret: illis ducibus cum Hispanis & Italis de summa rei decertare Germani non dubitaremus. Hic autem simpliciter loquutus, regulis minimè nos carere posse, rectè ipse quoq; pronunciat, & dexterrimè.

[a] *De studio juris rectè instituendo. fol. 183.*

Ergo veritatis eliciendæ alia, alia item docendi ratio est, ubi de legibus theoricis & practicis, omnibusq; adeò juris partibus certo & justo ordine digerendis atq; coagmentandis quæritur. De illa rectè atq; graviter Thomingius noster: de hac quoq; præclarè noster ille etiam VVesenbeccius censuit. Et video ego Jasoni cumprimis, Ioanni Bologneto, Felyno, Mariano Sozino Senensi, Vasquio, aliisq; eminentissimis Jurisconsultis in commentariis suis, tum Bartholomæo Socino, Benedicto Capræ, Joanni Diazio, Petro Duennati, Jacobo Novello, Antonio Gabrielio, Emmanueli Zoarezio, & hodiè pluribus aliis hanc docendi rationem placuisse, & etiamnum probari: in qua sola Nicolaum Vigelium prorsus acquiescere video.

Et hæc quidem ad delineationem futuri operis cuilibet sufficere posse arbitror.

Ad singulorum textuum accuratam tractationem quod attinet: rectè Pacius leges in

in theoricas & practicas dividit. Theoricæ sunt definitiones, divisiones. In quarum expositione quid præstandum, abundè ille docuit. Practicæ leges aut sunt faciliores & apertæ, aut difficiliores.

In illis ejus, quam modò retuli, admonitionis Aristotelicæ memores nos esse oportet: Ut subtilitatem non pariter in omnibus, verùm in singulis pro re subjecta, atq; eatenus, quo ad doctrinæ congruum fuerit, quærendam sciamus, &c. Omittenda ergo sunt supervacua, ne desiderentur necessaria, magnoperè cavendum.

In his more majorum procedendum arbitror: ita tamen ut hac quoq; in parte judicium adhibeatur, ne plura sint πάρεργα quàm ἔργα. Quod enim Hippocrates in Aphorismis dixit: Artem longam, vitam brevem esse: id nos rectissimè quoq; ad juris professionem accommodaverimus. Non enim in ejusmodi versamur disciplina, quam uno, altero, tribus annis, ut opificium aliquod addiscere perfectè possis. τὰ γὰρ ἐν ταῖς πράξεσι οὐδὲν ἑστηκὸς ἔχει. Et Jurisconsultus Pomponius, quùm in septuagesimum & octavum usq; ætatis annum didicisset, illum imitabatur, qui professus fuerat, etsi unum pedem in sepulcro haberet, adhuc tamen se addiscere velle.

Ad usum ergo discentium, non ad ostentationem inanem nostra sit comparata docendi ratio: neq; circumcisa illa, neq; vaga nimium: sed subjectæ materiæ congruens, & talis, quæ expositioni sufficiat.

Norma autem interpretationis, textus partitione, summarij relatione, casus fictione, dubitandi ratione, decidendi ratione, rationis dubitandi confutatione, notabilium collectione, & glossarum enucleatione constat: quibus alij præmissa addunt. Hæc non adamantina, sed lesbia quædam regula sit: ne si ex æquo omnibus legibus practicis accommodare eam studeamus, & temporis rei omnium preciosissimæ faciamus jacturam & omnium ludibrio exponamur.

Summarij relatio dextrè fieri nulla potest, nisi vera textus lectione constituta & interpretum expositionibus inter se collatis: ut quæ verior, quæ receptior, quæ singularis textus sententia sit, interpreti liqueat. Et quum hoc ceu caput atq; fundamentum interpretationis sit, quo omnis juridica disputatio referenda est: præcipuam magistri curam in eo versari oportet, ut ne quid hîc laboris, industriæ, judicij prætermittatur.

Plurimum autem profuerit, si Duareni, & qui in eodem genere eum sequuti sunt, atq; etiamnum sequuntur, recentiorum doctissimi commentarij interpreti ad manum sint. Illos enim in germanico legum sensu constituendo multum lucis nostræ professioni adferre constat.

Porrò summario & themate constituto, deinde veterum Iurisconsultorum more, rationibus dubitandi & decidendi propositis, veritatem elicere, elicitam, ψευδαντινομίαις dissolutis, confirmare studeat interpres.

Et hanc quidem solam rectam juris docendi rationem esse, Thomingius contendit, à priscis illis, quos hodie admiramur, excultam, & omnium propè interpretum, eorum maximè, qui de jure interrogantibus respondent, encomijs celebratam.

Disputatio namq; bona, imò optima ratio veritatis inveniendæ est, quemadmodum Arcadius expressè scriptum reliquit,[a] Herennium Modestinum disputatorem commendans.

Hinc illud vulgò dici solitum: Veritatem sæpius exagitatam magis splendescere [b] in lucem: Et quemadmodum aromata contrita magis redoleant: sic & veritatem quantò magis conteritur, & oppugnatur, tantò clariorem, expulsis nebulis in lucem proferri: [c] Eumq; qui singulas causas, in contrarias partes accuratè examinet, quasi ferro veritatis sibi viam [d] aperire.

Quæ quùm ita sese habeant, minimè ferendi sunt, qui hanc non veteris modò prudentiæ, sed & omnium in orbe sanorum certam, tum à primis Romanæ jurisprudentiæ

[a] Leg. fin. §. musta ff. muneri b. & honor.

[b] Cap. grave. 35. q. 9.

[c] Castrens. cons. 23. lib. 1.

[d] Bald. in l. trecibus num. 33. C. impuber.

tiæ incunabulis, repetitam veritatis perquirendæ & eliciendæ rationem, hodie primùm in dubium revocare, & pro vera juris docendi ratione, sua nescio qua substituere audent, Quos vetustatis & consensionis universalis, majorem in hoc tractationis genere rationem habere præstaret.

& alijs subsitit. Zant. in responso pro uxore num. 1. & seqq.

In notabilium autem collectione plærumq; graviter peccatur, dum eo nomine magna exoticarum quæstionum moles congeritur. Idq; cumprimis vitij interpretum tractationes habent, unde maxima artis nostræ incommoda sunt.

Quum enim Professori conveniat plurimas leges interpretari, & multa docendo percurrere, isti qui notabilibus quacunq; occasione undecunq; eliciendis plus justo addicti sunt, perpetuò quasi in unius textus expositione hærent, quam studiorum corruptelam, maximumq; abusum meritò Alciatus [e] graviter reprehendit.

[e] Lib. 8. παρέργων c. 25.

Deinde cum pulcherrimo ordine jurium tituli inter se distinguantur, isti quidlibet quolibet loco temerè inculcantes, methodum docendi omnem pervertunt: confusionem inducunt, & artem per se longam infinitam planè faciunt. Ut proinde hæc interpretandi ratio & jam olim à Panormitano, [f] & hodie ab omnibus eruditis Jureconsultis in reprehensionem meritò vocetur & explodatur.

[f] In prœmio Decretalium, ver. rex pacificus.

Quum autem lex non disponat nisi de eo, de quo in ea quæritur, & dubitatur, cætera verò vel idonea præsupponat, vel in alijs legibus relinquat, ut post Geminianum, Decium, Jasonem, nos rectè Carolus Molinæus, [g] præstantissimus juris magister erudijt: nos quoq; juris normam imitari convenit, ut quo ad notabilium collectionem ijs contenti simus, de quibus principaliter textus quærunt. Id si fecerimus magna scholas juridicas ociosarum tractationum mole levabimus.

[g] Ad l. unic. q. 10. num. 264. C. de sentent. quæ pro eo quod interest profer.

Ad glossas autem quod attinet, adfirmat Cujacius eas proprie interpretationem esse, quam Justinianus κατὰ πόδα nominârit: Et Julius Pacius glossas Accursianas cum Græcorum expositionibus conjungit.

[h] Tiraquell. de jur. primigen. q. 17. opin. 2. num. 12.

Porrò quemadmodum Accursius non modò Bartolo, [h] interpretum antistiti, [i] sed omnibus omninò tàm græcis quàm latinis interpretibus [k] anteponitur: & acerrimo ingenio, divinaq; memoria præditus, omnem jurisprudentiam sic in numerato habet atq; in promptu, ut nihil in toto jure propemodum occurrat, quin quid illi consentaneum sit, quid cum eo pugnet, quibus casibus locum habeat, quibus excludatur, sub conspectum subijcere [l] possit: nisi quod Castrensis haud bonum eum Canonistam fuisse [m] perhibet: Ita & interpretatio Accursiana, id est, glossa, ubi textus juris deest, omnibus authoritatibus [n] antecellit. Ut proinde gloss. enucleatio interpreti haudquaquam negligenda sit.

[i] Tiraquell. de nobilit. c. 37. num. 16.

[k] Iacob. Cuiac. lib. 3. observat. c. 11.

[l] VVesenbec. de studio iuris rectè instituendo. fol. 117.

[m] Paul. de Cast. in l. 1. num. 10. ff. de iudicijs.

De quibus liquidò perspicitur, omnem in expositore methodum, omnia ea, quæ à Græcis & Accursio in hanc usq; lucem usurpata sunt docendi genera, in Iurecon. desiderari.

Requirunt enim plerię quos mihi videre contigit, Iureconf. illustres, ab interprete summariam quandam juris informationem & ὑποτύπωσιν: Eaq; est methodus Placentini, Azonis, VVesenbecij & similiũ, quam sine ὁρισμῶν, συνθέσει, καὶ λύσει suis haudquaquam numeris absolvi contendo. Sint hæc nobis paratilla: etsi aliud quippiam ea nominis ratione Justiniano significatum est.

[n] Videantur, quæ in eam rem pulchrè congessit Everhar. in topic. in loco à contrario sensu, ad fin. ibi multa pulchra dicit.

Congruit porrò expositio Accursiana, quæ neq; in scholis, neq; in foro carere possumus, cum interpretatione κατὰ πόδα, & Græcorum interpretationibus. Quæ Justiniani nostri methodi sunt.

Novell. reg. 6.

Deinde legum maximè practicarum enarrationi omnes aliæ docendi rationes, quas vel Bartolus, vel Alciatus, & Zasius, vel Duarenus, & cæteri excoluère, nobis hodiè necessariæ sunt.

Quis enim Bartolo, & cæteris interpretibus hodiè carere possit?

Omnibus ergo docendi rationibus utendum.

Utq; unius corporis humani partes plures, vel simplices, vel compositæ sunt: quarum in

rum in Medicis scholis non una & simplex tractatio est: Nam de simplicibus sic philosophantur, ut compositas partes de illis construant: & constructas in sua rursus membra resolvant: Quæ diversæ methodi apud illos & in scholis, in anatome explicanda & in sectione administranda usui sunt: Ita juris nostri ceu magni alicujus corporis sectiones plures sunt, sectionum tituli, titulorum leges, eæq; non unius generis, theoricæ videlicet quædam, quædam practicæ: & in his rursum magna diversitas deprehenditur, quarum proinde una aliqua methodus esse non potest: præsertim quùm aliam constitutionis singularum partium, sive ὑποτυπώσεως seu οἰκονομίας, aliam in singulis partibus seu causis eruendæ veritatis rationem esse constet.

Nullam ergo ego docendi juris rationem alijs simpliciter prætulero: quamlibet suo loco Jurisconsulto necessariam, quamlibet in suo genere bonam dixero. Nunc ὁρισμῷ καὶ διαιρέσει, nunc συνθέσει, nunc ἀναλύσει, nunc ordinis, nunc indagandæ veritatis instrumentis interpreti opus est.

Summus certè rerum omnium opifex, ex quatuor inter se contrarijs elementis, admirabili temperamento hominem & cætera construxit. De multis florum generibus, apes sua illa humanæ rationi planè inimitabilia, mellis & cærarum opera conficiunt. In Reipublicæ administratione arithmetica, Geometrica & Harmonica proportione tum præmijs atq; pœnis utimur.

Denique quicquid sub sole geritur, varietate quadam constat: Ut proinde nec docendi juris ratio ad unam aliquam normam coangustari aut debeat, aut possit etiam.

Neq; quum hæc dico, de Doctore tantum juris loquor: Nam & auditoribus omne studium adhibendum est, ut quæ domi suæ addiscunt, certa ratione & ita legant, ut quoties facto opus est, ea in promptu habeant.

Ergo si in lectionibus definitio, divisio, requisita, regula, exceptio, ampliatio, aut simile quid, à propria sede fugitivum & rejectum occurrat: id omne in sua quædam loca, secundum pandectarum methodum digesta, referant: singulares vero aut receptos sensus, lectiones varias, & si qua alia titulorum aut legum expositioni idonea sunt, capitibus aut legibus adnotent.

Si enim, qui substantia sua malè utuntur, pro furiosis & mente captis sunt: Quis non prodigos & summa reprehensione dignos eos esse judicet, qui re omnium longè preciosissima, tempore videlicet, abutuntur, & ita authorum lectiones tractant, ut quod cotidiè discunt, neq; memoriæ commendent, neq; ita in numerato habent, ut ubi necessitas id expostulat, suam alijs industriam probare possint? Porrò omnium habere memoriam, & in nullo penitus errare non mortalitatis, (ut Imperator noster ait) sed divinitatis est. Etsi fortè unus & alter ea naturæ bonitate donatus sit, ut nullarum rerum unquam obliviscantur: qualem ego in hisce terris unum hominem novi: id nihil ad nos pertinebit. Μία [a] γὰρ χελιδὼν ἔαρ οὐ ποιεῖ, οὐδὲ μία ἡμέρα.

Nemo ergo locorum communium adminicula aspernetur, quibus maximos Jureconsultos plurimùm adjutos scimus: omnem lapidem moveamus, ut promoveamus. Quemadmodum & illi, qui in immenso juris oceano navigare solent, velis, quod dicitur, & remis contendentes nihil non occasionum cupidissimè arripiunt, ut quò ad ejus fieri potest, quàm citissimè portum sibi attingant propositum.

[a] Aristo. lib. 1. Ethic. ad Nicomach. c. 7.

Cæterùm ad expositionem juris exoticos quoq; scriptores adhibendos cum veterum prudentum exempla, quibus Homeri, Aristotelis, Hippocratis, Ciceronis testimonia crebro in ore sunt, tum Cicero ipse in oratione pro Archia poëta, omnes artes inter se colligatas esse testatus, & Alciati, Molinæi, Zasii, Duareni, Cujacij & reliquorum eruditissimi commentarij abundè nobis probant. Horum enim vigilijs & laboribus maximis nobilissima juris professio in cœnum defossa barbaricum, eruta est. Horum industria plerisq; purgata sordibus, & benè culta, superiori & nostra ætate magis ma-

gis &

giq; reflorescere cœpit: Horum deniq; gloria immortali nunc longè latèq; diffusa & propagata, uberrimos fructus profert. Ut minimè ferendi sint, qui etsi tempore & otio abundent: veterum tamen inquinamentis magis, quàm erudita doctrina delectantur: illorum persimiles, de quibus apud Politianum [a] & Picum Mirandulanum humanitatis studiosi queruntur, repertis frugibus, inventos qui glandes (id est, barbariem) præferrent. Nos autem divini numinis bonitatem grata mente suscipientes, aliorum utilibus laboribus fruamur: & hanc nobis gratulemur felicitatem: quòd nostris temporibus talis legum inventa est permutatio, [b] qualem & apud Homerum patrem omnis virtutis Glaucus & Diomedes inter se faciunt, dissimilia permutantes: χρύσεια χαλκείων, ἑκατόμβοια ἐννεαβοίων.

[a] Carol. Molinæ. ad l. 1 §. si quis simpliciter. num 47. ff. verb. oblig.

[b] §. fin. in proœmio ff.

Quemadmodum enim Pythagoras, Plato, Apollonius & alij sapientes jam olim lustrârunt provincias: novos adierunt populos: non ut illorum, si quæ essent, vitijs assuescerent: sed quòd invenirent ubiq; utilia, quæ discerent: & semper proficientes seipsis meliores fierent: Ita & nos immensum commentariorum nostrorum æquor transmittimus, non ut illorum barbariem, aut alia imitemur errata: sed ut omnia probantes, quod bonum est, ubiq; amplectamur.

Et quum ij qui post juris professionem in Italia, Gothicis, Vandalicis irruptionibus extinctam, anno, supra millesimum, centesimum, quinquagesimo, in jure restaurando & explicando usq; ad præceptorum nostrorum ætatem laborârunt, in tempora non satis felicia inciderint homines cæteroquin divini, & qui veteribus prudentibus jure comparari potuissent, si ea illis ætate vivere contigisset: non satis rectè qui hodie jura addiscunt, institutis suis antiquos viros obtendunt.

Si enim illi aut Papiniani, aut nostra ætate vixissent, exoticarum artium subsidia obvijs, quod dicitur, ulnis essent amplexi: easq; ad juris contulissent explicationem, quemadmodum & veteres illos plurimùm fecisse constat. Nunc quando illos necessitas & temporũ injuria excusat: te ad præsentia bona animum advertere, par est atq; decet.

Mihi quidem, si aut in ipso (quod dicitur) portu impegero: aut alibi minus ornatè meo fuero officio perfunctus, ab auditoribus ignosci æquum erit: quum per multos annos alijs totus fuerim implicatus negocijs. Idemq; de alijs omnibus ubiq; locorum Jureconsultis judicandum: quorum major in senatu, Curijs, foro occupatio est, quàm ut ad omnes apices illo rerum suarum statu animum advertere queant.

Vos autem ornatissimi auditores, quibus tempus & otium ad discendum suppetit, appello: ad vos mea nunc directa oratio est: Vos (inquam) admonitos volo, ut humanitatis studia non negligatis.

Cumprimis autem ij authores legendi sunt, quorum in historico legum sensu constituendo, usus esse possit. Quòd si quis IC. historiæ cognitionem haudquaquam necessariam opinetur: ille vel unius Marij Salamonij insignes de principatu libros paulò attentius legat: & Jureconsultum in multis juris nostri partibus sine historia Romana cognitione cæcum planè esse, palam fatebitur.

Quæ minimè eò pertinent, quasi ad juris expositionem nihil præter humaniorum artium studia adferendum putem: Grammaticorum enim ea, non Jureconsultorum interpretatio foret. Cumprimis igitur Accursium, Bartolum, & cæteros juris nostri magistros & expositores adhiberi oportet.

Ergo etsi Duarenus Jureconsultus præstantissimus, & alij nonnulli, omnes doctorum interpretationes ex scholis nostris proscriptas omninò velint: Usus tamen cum sacri Romani Imperij, tum omnium propè in toto orbe scholarum florentissimarum aliud probat. Quin & traditionem eam gravissimis argumentis VVesenbeccius doctissimè [c] confutavit. Ut proinde mihi porrò hîc immorandum non sit.

Hoc tantum juniores admonitos volo, ut hac de re Alciati [d] gravissimum judicium

[c] De studio juris rectè instituendo fol. 127.

[d] l. fin. ff. de verb. signif.

etiam atq; etiam secum expendant: Scribat (inquit ille) Justinianus quantum velit, glorieturq; suos hosce libros causarum negociorumq; decisionibus satis esse: res ipsa planè reclamat. Nemoq; civilis professionis eruditus est, qui apertissimè non videat, innumerabiles dubitationes ex facto oriri, quas nisi omninò œdipus is sit, ex harum legum sylva decidere nemo unus possit: Ut planè sine Bartolo, alijsq;[c] quibusdam interpretibus, jus nostrum non consistere affirmare ausim. Quid enim si bonarum literarum cognitionem excipies, illi aut acutissimè non excogitarunt, aut clarissimè non docuerunt, ut nostris oculis offusas per hosce græculos tenebras aperirent? Hæc ille.

[c] De delectu veterum atq; recentiorum juris authorū habendo consulatur *Francisc. Sarmiet. de redit. eccles. parte 1. cap. 2. n. 12.*

[d] *lib. 12. ænigmat. ca. fin.*

Restat parva orationis nostræ de Bartoli, Baldi, cæterorumq; responsis particula, an ea quoq; juris & causarum tractationi adhiberi conveniat.

Occasionem autem huic quæstioni Paulus Picus, & qui eum secutus est idem ille, quem modò laudavi, Alciatus[d] discipulus, præbuit: quorum authoritas multorum præstantium Jureconsultorum judicia evertit, ut ad rem ipsam minus attenderent, consiliorum (ut vocant) allegatione in scholis maximè abstinentes.

Ut enim arbores grandiores, ingentibus tempestatum motibus excisæ, magnas secum ruinas trahere consueverunt: Ita ferè insignium virorum lapsus multos in eundem errorem secum abripiunt præcipites. Ut proinde nullo unquam dogmati quantumvis absurdo patroni defuerint.

Hinc vulgò jactatum illud: Quod Doctores legendo magis nitantur veritate, quàm consulendo: quum in responsis affectio & cupiditas æris dominetur: quæ in lecturis[e] cessent.

[e] *Cravet. de antiquit. tempor. 1. part. § propositum. num. 48.*

Etsi autem Pico atq; Alciato celeberrimus Jureconsultus Tiberius Decianus luculentissimam Apologiam opposuit, qua & illorum ex fundamento evertit rationes, & interpretum, qui post restauratum jurisprudentiæ studium de jure responderunt, authoritatem asseruit, amplissimâ lectionis consiliorum utilitate, in apertam lucem omnibus productâ: Tamen quum ab eo tempore, quo primùm ad juris studium animum adjeci, responsa semper fecerim maximi: & de hoc argumento jam olim, adeoq; multis ante Decianæ Apologiæ æditionem annis, cum amplissimo quodam Iureconsulto, qui etiamnum in vivis est, loquutus, plus mihi consilia, quam lecturas probari, testatus sim: non pigebit paucula ea de re adferre: non quo Soli facem admoveam: sed ut me non temerè in eam jam pridem descendisse sententiam, junioribus constet.

Quum enim munus respondendi de jure jam inde à prima legum Romanarum origine, in summo semper honore usq; ad Pauli Pici ætatem, habitum, & ab ipso quoque Alciato, alijsq; qui consiliorum authoritatem de scholis juridicis explosam volunt, excultum sit: libenter ego me erudiri paterer: quo fine illi reprehensores sua consilia scripserint: judicibúsve decipiendis, an justitiæ suum impenderint patrocinium? Sacerdotum juris officia se integrè & fideliter præstitisse dicent, quod libenter nos atq; meritò admittemus.

Quo jure ergo illi utuntur: eodem alios quoq; illustres & bonos jureconsultos favore uti patiantur. At huic porrò consectarium est, responsa juris & magnam practicæ partem esse: & à scholis haudquaquam removeri posse. Juris namq; prudentia theorica & praxi constat: Ut proinde neq; lecturas interpretum à responsis, neq; responsa à lecturis divellere cuiq; liceat: nisi fortè mutilatam magis altera sui parte quàm perfectam jurisprudentiæ œconomiam alicui tradere libeat.

Deinde non modò seculis aliquid sua vel necessaria vel probabilis constitit responsis authoritas & etiamnum constat: Verùm etiam hodie Electorum, principum causæ interdum ex pacto, & plurium municipiorum lites ex statuto, consilijs sapientum definiuntur: quæ etiam in supremo sacri Romani imperij tribunali edita, haud gravatim admittuntur.

Cujus

Cujus quidem auditorij sanctissimi censura, multis Alciati & aliorum opinationibus potior nobis esse debet.

Addendum & hoc veterum responsa, etiam antequam legum vigorem obtinuissent, non in scholis modò, sed in auditorijs quoque judicum fuisse producta: utcunque judici ab ijs recedere liceret.

Porrò si ijs, qui postea de jure interrogantibus consuluerunt, omnem authoritatem demimus: utilissimis eorum eo solùm, quo retuli nomine, laboribus proscriptis: quis non optimo jure nos irrideat, plus rectitudinis justitiæ & fidei uni pagano, quàm omnibus CHRISTIANAM *religionem professis tribuentes?*

Demus etiam non gravatim, quædam responsa ejusmodi esse, ut post tergum potius quàm ob oculos jurium magistris & judicibus esse debeant: Anne proptereà omnia, utilia putà, cum inutilibus abijciemus? Quòd si sic agimus: eadem opera omnium interpretum commentaria de scholis proscribere nos oportet, tum quòd quò ad lectorem, nil omninò intersit, ex proposito né an per errorem id, quod juri minus congruit, quis defenderit: quùm utrobique qui minus circumspectè in authorum lectione versatur, æqualiter in errorem abripiatur: tum quod nihil omnium humanarum rerum omnibus suis numeris absolutum invenire liceat.

Omnis, inquit Jureconsultus, definitio in jure periculosa est, quùm parum sit, ut subverti non possit.

Sed & illud fatendum, in responsis materias in utramque partem disputare exactissime: quâ ad veritatem eliciendam nulla via certior est. An ergo persuaderi nobis patiemur, eos qui regiam veritatis viam ambulant, falsitatem nobis pro veritate obtrudere aut velle, aut etiam posse?

Quemadmodum enim si Norimbergam iturus, recto cursu & via regia ab agitatore ad portas usque illius civitatis perductus fuero errare & decipi porrò non potero, etiamsi is ex composito hoc agat, ut eò delatum aliò abripiat: Ita rectæ rationi parùm congruens videtur, si eos, ut injustitiæ & falsitatis patronos accusamus, quos cursum suum ad utilissimam, optimam & expeditissimam justiciæ atque veritatis eruendæ normam dirigere, ultrò profitemur.

Postremò, quemadmodum tres rationes sunt, quibus doctrina de vita & moribus tradi solet: Una ἀποδεικτικὴ, altera γνωμολογικὴ, tertia παραδειγματικὴ: quarum illæ, id est, demonstrationes & præcepta de moribus, parùm sine exemplorum vi & historiarum cognitione valent: Ita profectò fatendum, in jure theoricam sine praxi parùm aut nihil valituram.

At Doctorum commentarij magna ex parte theoricæ & contemplationi incumbunt & circa universalia duntaxat occupantur: ad specialia verò rarò descendunt: quùm econtrà respondentis industria non theoricam modo, sed & praxin ipsam, quæ altera Jurisprudentiæ pars est, præcipuè spectet: ut videlicet artis præcepta ad usum vitæ utilem accommodet. In quo præcipua nostræ professionis laus est. τέλος γὰρ οὐ γνῶσις ἀλλὰ πρᾶξίς ἐστι, *ut de morali Philosophia Aristoteles & de jure nostro Imperator Justinianus & Ulpianus Jureconsultus pronunciant.*

Quæ quidem ratio omnium efficacissima, & tanti apud me semper habita fuit: ut si alijs destitueremur, vel hanc solam omnibus, qui simplicem veritatem quærunt, suffecturam existimem.

Ut proinde cum propter accuratam illam disputandi rationem, quæ in responsis adhiberi solet, tum alijs de causis crebriore calculo receptum sit, quòd discordantibus prudentum opinionibus, judex eam sententiam, quæ in responsis comprehensa est, utpotè veriorem illi, quæ in commentarijs DD. extat, præferre debeat. Quæ quùm à Deciano latè pertractata sint, hoc loco à me repeti non debent.

Minimè tamen omnia temerè quovis loco cumulanda arbitror: sed delectu habito, prudenter expendendum est, quid foro, quid scholis congruat.

Hæc ergo, auditores ornatissimi, mea vel aliorum potius de officio Jureconsulti in scholis sententia est. Atq; utinam id, quod utile, quod necessarium est, ex æquo omnes, missis altercationibus, amplecteremur.

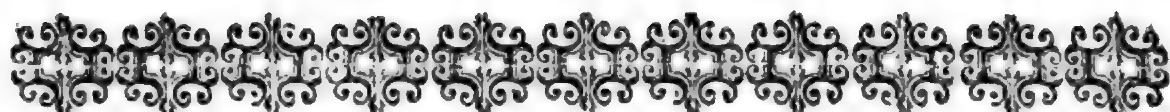
Ad me autem quod attinet, Deo favente, interpretis officium pro mea tenuitate ita faciam, ut minimè dubitem, si cum Dominorum & Collegarum meorum, quos magna cum laude atq; præclarè officio suo defungi constat, meisq; laboribus industriam & studium vestrum conjunxeritis, fore, ut optato studiorum fine tandem potiamini: Id quod à DEO *Opt. Max. omnium bonorum largitore, ego omnibus vobis ex animo precor.*

Dixi.

DEO GLORIA.



INDEX



INDEX RERUM MEMORABILIUM, QUÆ IN HOC TRACTATU EXPONUNTUR.

32 Ver-

ſtarum ſententiam ſequitur: cum duplici tamen temperamento.

Quæſtio noſtra tantùm obtinet, quando de ingreſſu in religionem Minorum diſputatur.

73 Si teſtator minorum religionem ingrediatur, non expectata morte naturali, ſtatim teſtamentum confirmatur.

Mendicorum diviſio.

Verius eſt, mortem minorum ſpiritualem, morti naturali in hac materia noſtra non æquiparari.

Solius legis eſt ſupplere.

Minoritæ, quùm jure gentium & alimentis utantur: & relictorum certo modo capaces ſint: atq; vota ſua ſæpè diſtrahant: pro mortuis eſſe nequeunt.

74 Præcipuum fundamentum, quo mors Minoritarum defenditur, lubricum.

Maxima eſt erroris vis, ubi ſemel radices egit.

75 Sententia *c. Cum ad monaſterium. 6. De ſtatu Monach.* expenditur.

76 Vita Monaſtica antiquiſſima.

77 Sitne Baſilius Magnus Monaſticorum votorum author.

78 Omnia probanda, quę autē bona tenenda ſunt.

79 Teſtamenti faciendi jus ex juſtitia valet, non ex gratia.

80 Rationes DD. quòd teſtamenti faciendi jus ex gratia procedat, expenduntur.

Sententia *l. In tempus. inf. hered. inſtituen.*

81 In quo differant contractus ab ultimis voluntatibus.

Intellectus *L. 3. hoc. tit. noſtro.* à Ioan. Campegio expoſitus.

L. in teſtamentis, infra de reg. jur. expoſita remiſſivè.

82 Regula juris: Quod ultima voluntas uſq; ad mortem ambulatoria ſit: ampliſſimè declarata uſq; ad num. 115. Ad hanc regulam proponuntur ampliationes ſeptem. Prima eſt ſub num. 82. Secunda ſub num. 83. Tertia ſub num. 84. Quarta ſub num. 88. Quinta ſub num. 96. Sexta ſub num. 98. Septima ſub num. 111. Et limitationes 4. quarum prima eſt ſub num. 111. Secunda ſub num. 114. Tertia & Quarta ſub num. 115. Verſic. limita tertiò, & verſic. Declara quartò.

Forma teſtamentorum juris civilis: libertas autem teſtandi, & ipſa teſtamenta, origine juris gentium.

Deportati ea, quæ juris gentium ſunt, retinent: teſtamenti factionem amittunt.

83 Quodlibet teſtamentum conditionem in ſe habet, ſi aliud non fiat.

Teſtamentum prius poſteriore tollitur.

84 Voluntas ultima ambulatoria, etſi de mutua ſucceſſione quæratur.

Ex conjugibus ſimul teſtatis, unus ſuam diſpoſitionem revocare poteſt.

Pacta inter tertios de ſucceſſione inita, nil libertati teſtamenti præjudicant.

Qua de re agatur *in l. fin. C. de pact. & in l. Ex eo. 4. C. de inutil. ſtipulat.*

Tertius, à quo bona proveniunt, pactis rectè conſtringit teſtamenti facultatem.

Pacto induci poteſt, ut primogenitus tantùm in emphyteuſi ſuccedat.

Teſtatorum præcepta, de bonis extra familiam non alienandis, pro conſervanda nobilitate, valent.

In materia feudali ante omnia inſpicitur tenor inveſtituræ.

Valet donatio omnium bonorum inter vivos: & promiſſio mutua de ſuccedendo per ſtipulationem cauſa donationis inter vivos.

Pactum de ſuccedendo non valet & ne mutuum quidem.

Materia *l. Pactum quod dotali. 15. C. pact. l hæreditas. 5. C. de pact. convent. l. ſtipulatio hoc modo. 60. inf. verb. obligat.* quæ ſit.

Intellectus *l. Licet. 19. C. de pactis.* & num. 85.

Intellectus *l. Si fratres. 53. §. Idem reſpondi. ſupr. Pro ſocio.*

Pactum ſucceſſionis mutuæ de re certa valet.

Statuto vel conſuetudine pactum ſucceſſorium approbari poteſt. & num. ſeq.

85 Pacta acquiſitiva & diſpoſitiva ſucceſſionum turpia: & quæ in quolibet horum pactorum ratio turpitudinis ſit. & num. 91.

Certi in jure modi hæreditatis deferendæ: inter quos non eſt pactum.

In *l. licet. C. pact.* pactum militare habet vim ultimæ voluntatis.

Noſtris quoque militibus de publico conductis, hodie privilegia militaria competunt.

86 Principum Germanorum confraternitates & pacta, qua ratione ſubſiſtant.

Qua ratione promiſſio ſuper feudo, quod domino nondū apertum eſt, valeat: quùm pacta circa præbendas adhuc viventis omninò improbentur: & num. 91.

Principes Germaniæ ſemper Cæſari militant.

Principes Germaniæ in terris ſuis jus legis condendæ habent.

Ius ab inferioribus ab Imperatore conditum, civile non prætorium, ratione triplici.

Deciſio quæſtionis inter Lotharium & Azonem.

Hodie novis gentium moribus ultra hæredes teſtamentarios, aut legitimos, tertium genus hæredum introductum eſt, qui ſunt hæredes conventionales.

87 Confraternitates principum non ſatis dextrè à DD. cum materia *d l. licet.* conjunguntur.

Deciſio *d. L. licet.* num ad pias quoq; cauſas pertineat.

88 Teſtamentum directa & expreſſa teſtatoris proteſtatione non ſit irrevocabile.

Nihil valet proteſtatio, Daß ein Teſtament unwiderrüfflich ſeyn ſol.

89 Teſtamentum eſt revocabile, licet teſtator juret, ſe illud non eſſe revocaturum.

De ultimis voluntatibus quibus juramentum accedit, latè ſcripſit Ioannes Guteri' Placentin' Hiſpanus.

Declaratio regulæ: Si actus non valet, ut agitur, valet ut valere poteſt.

Declaratio regulæ de juramento contra ſubſtantiā actus adjecto, quòd actum omni meliori modo valere faciat.

90 Contrariæ opinionis, quòd ob juramentum teſtamentum fiat irrevocabile, fundamenta.

Refutatio hujus contrariæ opinionis.

Iuramentum regulatur ſecundum naturam actus, cui accedit: quod declara, ut ibi.

Antichreſis quid ſit.

91 An is, qui non obſtante juramento, aliud teſtamentum condit, perjurus ſit? Legiſtæ concludunt, quòd non.

Intellectus *c. 1. & 2. De conceſſ. præben. & c. 2. & 3. eod. tit. in 6.* & num. 86.

Intellectus *l. Non dubium. C. de legib. & c. Non eſt obligatorium. de reg. iur. in 6.*

92 Teſtator qui juravit, & teſtamentum mutat, perjurus eſt, ſecundum Canoniſtas.

93 Canoniſtarum fundamenta debilia.

Diſpenſationes juramentorum hodie apud Auguſtanos de foro civili.

94 Covarruviæ diſtinguens opinio.

Didaci nova opinio non ſatis tuta.

Sententia *l. Titia. 133. inf. verb. obligat. & c. Gemma. 19. De Sponſalib.* excutitur.

† † † 95 Alia

DIVISIO TESTAMENTI.

SUBSTANTIALIA TESTAMENTI.

Surdus,

sus,

SECUNDUM SUBSTANTIALE.

Incer-

Vis

404 Ægro-

DEO GLORIA.



Joan.



IOHAN. DAVTHII, I.V.D. VIRI CLARISSIMI ET PROFESSORIS LIPSENSIS TRACTATVS

DE TESTAMENTIS DVPLEX:

vnus Methodicus, alter Interpretationem continens Legum præcipuarum, quæ titulis de Testamentis occurrunt.

A. C.

OBITER DICTA.

1 

VVM de sententia Illustrissimi Electoris Saxoniæ, Domini nostri Clementissimi, amplissima Facultas Iuridica huius Academiæ mihi iniunxerit, vt eam iuris partem, quæ de vltimis voluntatibus tractat, interpretarer: nunc (quod fœlix & faustum sit) expositionis materiam aggrediar.

DE VTILITATE.

Est autem plane incomparabilis huius materiæ vtilitas: quod vel de nomine INFORTIATI colligere promptum est. Græci enim, qui eam iuris partem interpretabantur, suo sermone se φορνία a tradere iactabant: φορνία inquam, id est, vtilissimam partem iuris, & quæ maxime ad farinas faceret. Panes enim & farra, idque genus edulia Græci φορνία vocant.

a Aliam nominis rationem habet Coral. lib. epist. quæst. cap. 22.

Cæteræ hominum actiones & contractus non adeo vtiles nobis esse possunt, quod in iis vel de re modica, vel certe alteri debita agatur. At quæ ex hæreditatibus lucra percipiuntur, aduentitio quodam bono ceu cœlitus missa, liberaliorem clientem reddunt. *Videatur Alciat. libr. 4. παρεργ. cap. 25. & in oratione Ferrariæ habita, quæ extat in tomo 2. operum ipsius, (mihi fol. 548.) Rainald. Cors. lib. 1. indagat. cap. 1.*

Quæ quum ita sint, nihil de vtilissima hac iuris parte omittendum, vel leuiter pertractandum: sed totum materiarum corpus legitime exædificandum est.

Etsi autem aliquibus visum sit, in vltimarum voluntatum tractatione, substitutionum, vtriusque Falcidiæ, & alias quasdam materias leuiter tantum perlegendas, quod ab vsibus nostrorum iudiciorum plane abhorreant: Tamen ab illis, maxime ad substitutionum materiam quod attinet, ego me vehementer dissentire profiteor. Neque vnquam mirari satis potui, quid præstantibus Iureconsultis in mentem venerit, vt talia paradoxa traderent.

Adde quæ plenius hac de re inf. *ad tit. de Vulgar. & pupill. substit. in princ.* notata comperies.

De apicibus iurium, iisque, quorum hodie nullus vsus est, ego cum nemine contenderim: Præcipuarum autem materiarum, quas illi explosas volunt, & maxime doctrinæ de substitutionibus non minorem cotidie, quam vllius alterius materiæ, imo longe maximum & crebertimum in foro vsum esse, nemo opinor negauerit. Qua de re Alberici Rosatis, Raphaelis Cumani, Alexandri, Socini, Iasonis, Ripæ, aliorumque interpretũ testimonia ad *rubr. ff. de vulg. & pupill.* expendenda sunt. Et refert ibi Raphael

Cumanus, se viua voce ex Baldo audiuisse, quod de sola substitutionum materia plus quam ex vlla alia iuris parte, consulendo, lucratus sit.

Deinde ipso sensu notum est, magnam responsorum partem, quæ extant de substitutionibus editam esse.

Estque memoria digna Alciati nostri in ea, quam modo laudaui, oratione sententia. Quot hodie (inquit) in amplissimis Curiis controuertuntur lites, quarum cardo in aliqua substitutione consistit? Solet enim non in testamentis solum, sed in donationibus quoque nobilissimus quisque ob nominis sui familiæq; perpetuandæ studium, substitutiones potissimum adiicere: quarum cognitionem & interpretandi diligentiam qui negligunt scholastici, hi mihi videntur nec vtilitatem suam satis agnoscere, & quod dicitur, extra oleas atque repagula deferri. Hæc ille.

Idemque plurium Germanorum eruditissima monumenta & responsa nobis probant.

Scripsit insignem de substitutionibus tractatum Zasius noster.

Schurfius sæpe in materia substitutionum de iure respondit, id quod ex *consil. 6. 28. 48. Cent. 2.* apparet.

Ita etiam Ludouici Fachsii quoddam responsum eadem de re extat, vt ex eius *consil. 5.* quod inter Modestini Pistoris consilia *lib. 2.* extat, videre licet.

Similiter in nobili causa substitutionis Honoldina, multa Collegia iuridica, puta, nostrum Lipsense, Witebergense, Heidelbergense, & plures clarissimi viri consuluere. Qua de re *consil. 35. in tomo 1. consil var. Germanicorum, & inter consilia Modestini Pistoris responsum 41. lib. 2.* videndum est. Cuius aliud etiam in eadem materia consilium, puta *52.* eodem libro habetur.

Sed & Nicolai Euerhardi de eadem substitutionum materia aliquot responsa, puta, *cons. 203. 220. 221.* edita sunt.

Mihi etiam, licet omnium DD. minimo, sæpissime nobilis hæc materia in practica occurrit.

Denique experientia testatur, cotidie, vbiuis fere locorum creberrimas esse de substitutionibus disputationes.

Quare auditores meos admonitos volo, si in eorum scripta forte inciderint, qui substitutionum & similes materias obiter solummodo & perfunctorie legendas censent: ne sibi illorum authoritate imponi patiantur: sed vt eiusmodi paradoxa, non secus ac Syrenum cantus, surdis auribus cum Vlysse prænauigare velint.

DE METHODO.

Methodo ea vtar in docendo, de qua proxima oratione egi.

Vos ipsi ad manum habebitis παράτιτλα Cuiacii & Wesenbecii: illos libellos loco cuiusdam delineationis futuri operis studiose legetis, ne mihi necesse sit, cum dispendio temporis, interpretationem summariam testamentorum primum omnium tractare.

Adhibebo autem, vbi id materia subiecta patitur, triplicem methodum. 1. Definitiuam & Diuisiuam. Fideliter ergo explicabo definitiones, & persequar diuisiones studiose. 2. Deinde accedemus ad methodum compositiuam, & ex textibus iuris atque DD. nostrorum commentariis integrum corpus, cuiusque actus iuridici constituemus. Quemadmodum enim corpora naturalia sua, de quibus componuntur, στοιχεῖα & elementa habent: Ita in actibus legitimis idem omnino videre licet, Vt hic quoque regula valeat: Artem naturæ imitatricem esse. Recitabo ergo, verbi gratia, testamenti substantialia: deinde naturalia: postea accidentalia: ad extremum effecta, puta, obligationes & actiones ex testamento, aut alio actu descendẽtes: Addam deinde ampliationes, exceptiones, replicas, &c. 3. Vltimo veniemus ad ἀνάλυσιν: & opus sic compactum rursus in sua resoluemus principia. Percurremus ergo singulos textus: ad illos, quę necessaria sunt, annotabimus breuiter. Quod si forte lex practica difficilior occurrerit, eam more maiorum interpretabimur peculiariter.

Atque hoc pacto ordinationi, Deo fauente, satisfacere hoc anno studebo. Quam nunc etiam ad amussim magno meo commodo sequerer, si de ea tempore idoneo fuissem certioratus.

Porro

Porro interroganti de argumento expositionis, nihil aliud primo indicatum est, quam vltimarum voluntatum expositionem meæ tractationis materiam fore.

Quum ergo mihi & peregrino, & alibi agenti, nulla alia de re tunc constaret, sollicite de methodo omnium commodissima curam cogitationemque suscepi.

Sciebam autem maxima textualis, nec minora materiariæ expositionis incommoda esse: vtriusque tractationis optimam rationem atque absolutissimam fore, si certo modo coniungerentur: quod alio forsan loco demonstrabitur commodius. Atque hæc mihi propositi consilii ratio fuit.

ORDO.

Initium autem interpretationis faciam à titulo Pandectarum de testamentis.

CONIVNCTIO.

Et ne quid intactum relinquatur, coniungemus cum titulo nostro, de testamentis, omnia huc pertinentia ex iure Pontificio atq; Ciuili: singulos textus, quantum temporis ratio patitur, inspiciemus: intellectus receptos singulares: & si quæ alia cognitione digna occurrent, annotabimus: vt omni modo officio nostro defungamur fideliter. Meminit quidem ordinatio tantum titulorum Codicis: Verum rationem expositionis restringi vetat: ampliari non prohibet.

CONTINVATIO.

Et quum DD. nostris solenne sit, vt titulos iusto ordine inter sese coniungant, morem illum nos quoque sequemur, à continuatione tituli nostri interpretationis facturi initium.

DE DICTATIS.

Expositiones meas cum studiosa iuuentute libenter communicabo, etsi sciam quosdam præstantes viros eam docendi rationem improbare. Ego meo exemplo nemini præiudicatum volo: nullius instituta improbo, modo vt mihi interpretandi rationem, quam discentibus vtilem esse arbitror, retinere liceat:

Segnius irritant animos demissa per aures,
Quam quæ sunt oculis subiecta fidelibus.

Et Imperator noster præclare dixit: omnium habere memoriam non mortalitatis, sed diuinitatis esse.

Qui ergo volet, ille dictata mea excipiat, vt ea quoties id vsus & necessitas postulat, inspicere denuo possit. Omnem autem animi vigorem intendam, vt perspicuus discentibus sim: omittam περίεργα: ne desiderentur necessaria, summo studio cauebo.

TEXTVS.

AD TIT. a DIG. DE TESTAMENTIS: ET QVI testamenta facere possint, & quemadmodum testamenta fiant.

a Alia pandectarum Florentinarū lectio est: Ego vulgatam retineo: quod mihi vero simile non videatur: 1. nullum titulum generalem de testamentis extare. 2. Quod videam tres tituli esse partes. 1. De testamentis. 2. Qui faciant testamenta. 3. Quomodo fiant. Sed de his suo loco in analysi, Deo volente, videbitur.



31 PANDECTARVM septem partes esse constat. *b l. 2. C. vet. iur. enucl.* Quum autem in tertio & quarto tomo contractuum, & quasi contractuum materia exposita sit: Nunc in c quinta & sexta parte successiones ex testamento & ab intestato sequuntur: *dict. leg. 2. §. quintus autem. & §. sexta vero.*

b *Ad l. 2. C. vet. iur. enucl. videantur Alciat. lib. 2. dispunct. c. 23. Gouean lib 1. lect. var. cap. 29. Cont. lib. 1. subsec. lect. cap 9. Cuiac. in præfatione, quam paratitlis præfixit. Idem lib. 5. obseruat cap. 25. Iul Pacius in oratione de iuris studio Bodin de republic. lib. 1. ca. 10.*

c In qualibet parte ff. vnius tituli ad alium continuationem facimus. Quum autem ab hoc titulo, de testamentis, quintæ partis ff. initium fiat: Ideo non tituli ad titulum, sed partis ad partem continuatio facienda est. Glossator duas continuationes refert: quas Bartolus simpliciter sequitur, Baldus posteriorem vtpote magis concinnam retinuit. Ego Cuiacii continuationem cæteris omnibus præfero: cuius hæc est sententia:

Materiæ cognatæ sunt coniungendæ. Sed materia testamentorum, quæ in quinta ff. parte exponitur, cognata est materiis, de quibus in tertia & quarta parte actum est. Ergo tertiæ & quartæ parti recte coniungitur.

Minorem probo: Quia in tertia & quarta parte habetur materia contractuum, & quasi contractuum: At successiones ipsæ quoque quasi contractus sunt.

vero. quod omnis successio quasi contractus sit, *l. more. 8. infr. de acquir. hared. l. 3. §. fin. & l. 4. infr. quibus ex caus. in possess. eat. l. pen. infr. separat. l. ex maleficiis. 4. §. hares. infr. act. & obligat. §. sed neque. Instit. de testamen. §. hares quoq. Institut. de obligat. qua ex quasi contr. nasc. glos. in l. his consequenter. 18. § sed & cum monumentum. verb. prascriptis verbis sup. famil. hercisc. Bart. in l. de eo. sup.* d *de iudiciis. Bart. in l. cum res. num. 3. & §. culpa. infr. de legat. 1. Ias. in l. nemo potest. in repet. num. 19. ibi Bolognet. num. 69. 70. & 71. eod. Alciat. in l. verba contraxerunt. num. 5. & seq. infr. verbor. signific. Vasqui. de success. creat. in prafat. num. 27. & Cuiac. in paratitlis hic. Simon de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 5. interpret. 1. dub. 3. nu. 12. cum seqq. Petr. Gregor. in syntag. iur. part. 3. lib. 42. cap. 33. nu. 12.*

d Non textus modo & rationes, sed præstantium quoque artificum, qui in theoria aut praxi iuris excelluerunt, nomina adduci solent. Tum (1) propter authoritatem: vt in opinionum authorũ inspectione, doctrinæ, de quo Tum (2) vt cuiq; suum tribuatur: *Albet. de Rosat. in prafat. C. nu. 9.* Tum (3) maxime hanc ob causam, conflictu intelligi possit, quæ sententia receptior sit. Tum (4) vt iurium candidati, ex variorũ authorum regulam, cum requisitis & fallentiis constituere possint. Si autem vnus aliquis author id caput agitur, allatis veterum authoritatibus plene pertractarit, eo contentos nos esse oportet.

Hanc iuris regulam, quod successio sit quasi contractus: intellige veram esse, 1. respectu testatoris atque hæredis. Nam inter se quasi contrahere intelliguntur, *Petr. Gregor. in syntagm. iur. part. 3. libr. 41. cap. 7. num. 19. & libr. 42. cap. 33. num. 12. lib. 46. cap. 4. num. 8.* 2. ratione hæredis & legatariorum, *Vasqu. de success. creat. libr. 2. §. 18. num. 20.* atque ita loquitur text. *d. l. ex maleficiis. §. hares. infr. de act. & obligat. d. l. 3. in fin. ex quibus caus. in possess. eat. d. §. hares. Instit. de obligat. qua ex quasi contract. cum aliis iuribus.* 3. Dd. hanc iuris theoricam amplificant, vt procedat etiam respectu hæredis & creditorum: quasi videlicet hæres adiens, creditoribus ex quasi contractu deuinciatur, *Sebast. Montic. de inuentar. in prafat. num. 7. Iacob. Nigid. rep. rubr. nu. 2. supr. si cert. petat.* quæ est communis interpretum conclusio: vti testati sunt Bolognet. *in dict. l. nemo. num. 70.* Vasqu. *de success. creat. in prafat. num. 27.* 4

Nituntur autem Dd. iuribus modo relatis. Verum hæc communis Dd. opinio dubia est. Si enim hæres adeundo, cum creditoribus quasi contraheret: & sic creditoribus ex nouo quasi contractu obligaretur: necessario dicendum foret, eum actione ex testamento à creditoribus ad debita conueniri posse: quemadmodum à legatariis ex illo quasi contractu, actione ex testamento conuenitur. Atqui hoc nullo iure relatum est. Quemadmodum enim hæres ex contractu defuncti contra debitores experitur, *l. non est nouum. 10. supr. de action. empt.* Ita è contrario & à creditoribus hæreditariis, non ex quasi contractu cum illis inito, sed ex vero contractu, qui cum defuncto celebratus fuit, atque actione ex illo contractu profluente, conuenitur. Eadem ergo actione tenetur, qua & defunctus, cui successit, tenebatur: *l. Neratius. 14. supra. de petit. heredit. l. fin. vers. sin autem ex contractibus. C. de petit. hareditat.* eam ob causam, quod adeundo, cum defuncto quasi contraxerit: & illius personæ, iurium hæreditariorum respectu & vniuersim, non aliter suffectus sit: ac si ipse omnes defuncti contractus actiue atque passiue celebrasset. Hæc est doctrina Bartoli verissima, quam ille paucis attingit *in l. de eo. supra de iudiciis.* atque tuentur Bolognet. *d. l. nemo. num. 70.* Vasquius *in d. prafat. nu. 27. not. & infra num. 468.*

Etsi autem testamentaria successio longe recentior sit successione legitima: Tamen quum illa hanc excludat: e *l. quamdiu. 39. infr. acquir. hared.* hinc fit, vt tanquam dignior præmittatur, *Vasq. loco pracitato. nu. 13. 14. idem de success. creat. libr. 2. §. 18. nu. 40. V. gl. ad rubr. num. 4. Institut. hered. qua ab intest. Port. in princ. nu. 3. Instit. quib. non est permiss. fac. testamen. Petr. Greg. in syntagm. iur. part. 3. lib. 42. cap. 1. & seq.* 5

e *Ad l. quamdiu. notetur Zas. in l. 1. nu. 15. ff. vulg. & pupill. vbi notanter limitat. & Delrio in repertatis fol. 88.* Ex hac autem decisione sequitur, etsi lucra statutaria alteri ex coniugib. per testamenta auferri non possint: *D D ordinarie in Authent. praterea. ibi Ias. nu. 17. Dec. nu. 9. C. unde vir & vxor. Rol. à Vall. in tract. super statuto de lucro dotis. q. 82. Dec. cons. 386. Ruin. cons. 8. lib. 2. Schurff. cons. 86 cent. 1. Constit. Sax. part. 3. cap. 7.* Tamen aliud in eiusmodi lucris esse, quæ, vt alia bona, successione ab intestato deferuntur. Successione autem ab intestato bona deferuntur, si aut tota hæreditas vnius ex coniugibus, ad superstitem ex statuto deuoluatur, aut certa tantum portio: ita tamen vt expressa de successione ab intestato mentio fiat. Nam in talibus coniunx coniugi per testamentum præiudicare potest. *Mandell. cons. 4. num. 4. notabiliter D. VVesenb. in paratit. ad rubr. ff. unde vir & vxor. Author. differ. inter ius Ciuile & Sax. lib. 1. differ. 20.* Ita intelligendam opinor constitutionem Marchicam, deferentem coniugi superstiti dimidiam bonorum: Quum illa lucra, ad rubricam ibi, nominentur Erbfälle zwischen Eheleuten.

Vulgata

Vulgata iuris sententia est, digniora priore loco esse collocanda: Ex qua plerumque grauissimæ contentiones inter magnates oriuntur. Qua de materia paucula obiter addam: ne illa, quæ in prælectionibus Lipsensibus nimis breuiter attigi: sinistre à nonnullis accipiantur. Pertinet autem (1) disputatio, de regum, electorum, principum, & omnium in vniuerso orbe statuum, ordine atque prærogatiua, ad iustitiam distributiuam: vt proinde ordinis obseruatio, iustitiæ conseruatio, inobedientia vero, aut conuersio, iustitiæ euersio sit. Cum ergo omnis in genere humano, & maxime dignitatum legitimus ordo, à iustitia distributiua, & hæc à DEO Opt. Max. haudquaquam confusionis, sed ordinis authore, atque iustitiæ fonte augustissimo profluat: nihil dubitandum, recte eos facere, qui ordinem & dignitatem statuum conseruare student. *Decianus consil.7.num.2 & 71.libr.3. Menoch. consil.51.num.1. & seqq. consil.126.num.1. consil.902 num.1. Bursat.consil.343.num.1* vt dum quilibet seruat suum gradum, societas hæc humana, in pace & concordia conseruetur, *cap.fin.89.dist.quem aureum ad hoc textum esse scribit Decian.d.consil.7.num.71.*

Illos certe, qui pro iustitia commutatiua elaborant, nemo non probat: vt magis probandi sint, qui pro status dignitate conseruanda pugnant: quanto status dignitas aut honor, obiectis circa quæ iustitia commutatiua versatur, præstat, *Chassan.in catalogo gloriæ mundi,part.1.consid.2.*

Ita Carolus IV. quem historici partim grauissime notant, partim, ob eximia animi dona, Solomonem illius ætatis appellant: quæstionem, de electorum Sacri Rom. Imperii præcellentia, illa Imperiali, & de Imperio lege, quam auream bullam appellamus, sustulit.

Ita in synodis œcumenicis & prouincialibus, Imperii comitiis, imo & inter principum status prouinciales, atq; communi vita, de statuum & personarum ordine quæri videmus.

Iure namque cautum est, vt prærogatiua honoris, & officium præcedentiæ nō turbetur: sed dignitatum ordo seruetur: vt qui aliis digniores sunt, honestiore loco stent, sedeant, & progrediantur. *l.1.& 2.ff.albo scrib l.quisquis in fin. cum gloss.C.de postuland. l.consulta. C.de testamen. l.1.C.de consulibus.libr.12.tot tit. C.vt dig.ordo seruetur.eod.lib. Canonistæ c. clerici de iudiciis. D. post gloss. in l.cum quid. ibi Bart Bald Cast.Iason.Dec Bolognet.Zas.ff.si cert. petat.latiss.Tiraq.de iur.primogen.in præfat.& cap.20.nu.51.*de præcedentia, sessione, subscriptione in conciliis, *Chassanæus part.4.gloriæ mundi,* de ordine dignitatum, *part.6.& 7.*de præcedentia militis & Doctoris, *part.9.consid.1.*de præcedentia literatorum, *part.10.Vasq. lib.1.illustr.quæstion.in præfat.Gail.obseru.21.num.21.Vinc.Franch.decis.85.num.4. Gamm.decis. Lusit.1.per tot.Crauet.cons.489.Grat.cons.116.libr.2. Ceph.cons.615.Decian.d.consil.7.& cons.19. lib.3.Elbert.Leonin.cons.1.Menoch.cons.51.cons.126.cons.257.cons.902. Bursat.cons.343.*

Ita de præcedentia doctorum eiusdem collegii respōdit Dn. Hotomannus *cons.105.*

Ita controuersiam, inter scultetum & syndicum, cuiusdam reipubl. inferioris Saxoniæ, decisam videmus, *cons.31.tom.5.cons.var.German.*

Ita de vniuerso ordine ciuium quæritur, *Bodin.libr.3.de republ.cap.8.* vbi ille generaliter quidem nonnulla in medium attulit: sed ita, vt quomodo ciues collocandi sint, ad ceremoniarum, cuiusque loci magistros, pertinere, atque hactenus nihil certi definiri posse iudicet.

Et profecto res ita sese habet, vt collegia, quæ in Germania nostra, alicubi, nihil quicquam obstantibus Sacri Romani Imperii recessibus, pro vilibus propemodum, ex certis quibusdam & secretis causis, habentur: aliis in locis ante alia eminent.

Cum ergo Deus (2) summum illud bonum, ordinis author sit: quomodo (inquies) cum his consentaneum est, quod Sacri illi Codices, summis summę humilitatis exēplis, in medium productis, toties vniuersæ CHRISTIANITATI humilitatem præcipiunt?

Respondeo: non pugnant ista, esse humilitatem ab omnibus colendam: & esse gradus seu ordines dignitatum distinctos inter homines: siue lis aliqua de ordine sit, siue non sit. Si nulla lis sit: res omnis tanto magis conspicua est: & facilius diiudicari potest.

Nam DEVS principes Sacrorum, politiarum, & familiarum, ita in summam status sui extulit sublimitatem, & simul eorum, quibus præsunt, seruos eos constituerit: admirabili sane, dignitatis atque humilitatis, inter se temperamento facto. Nulli ergo reges legitime dominantur, nisi seruiant. *Restaurat.de Imper.quæst.44.* Et licet

regibus atque magistratibus, sua seruitus obstaculo non sit, quo minus imperent: quidem cum magnifico splendore & pompa emineant supra subditos: tamen ne illis quidem sese efferre licet. Sic Dauid, Ezechias, aliiq; pii principes, etsi sceptro, diademate, solio, aliisq; insignibus, vt reges essent ornati: tamen vera animi depressione, absque fuco & hypocrisi, omnium voluntarii fuere serui.

Hoc sensu Pontifices Romani, se seruos seruorum Dei appellare consueuerunt.

Hinc & præstantissimi illi inter Ethnicos viri, Valerius Publicola, Manilius, Pitacus, Marcus Rutilius Censorinus, Fabius Maximus, Scipio Aphricanus, Epaminodas Thebanus, Plato, Genutius Picus, Attilius Regulus, de quibus Valerius Maximus, cum sapientissimi essent, profundæ humilitati se dederunt. Omnis enim superbia stultitia est: vti seculi nostri Phœnix recte perhibuit: Homines (inquit) sunt natura superbi & φίλαυτοι. Videtis quomodo æstuet incendium ambitionis: in aliis magis, in aliis minus. Et quo homines sunt stultiores, eo sunt superbiores vniuersaliter. Et quo sunt superbiores, eo sunt stultiores. Illa se habent conuertibiliter. Hæc ille.

Si his exoriatur, tum aut simpliciter de ordine personæ, ratione bonorum, quæ homini propria sunt, aut de ordine personæ, respectu bonorum, quæ extraria sunt, & non tam personam illa obtinentem, quam rem ipsam, & aliorum ius atque iniuriam, concernunt, vti dignitates & similia bona habentur, quæritur.

De proprio hominis bono, sic in vita Gregorii Neocæsariensis, beatissimus Gregorius Nyssenus scribit: Nulla vera laus est, quæ eorum, qui laudantur, propria non sit.

Proprium autem dicimus, quod prorsus in perpetuum ita permanet, vt auferri non possit.

Quoniam igitur, (cum omnia nobis eripiantur, diuitiæ, claritudo, gloria, honor, delitiæ atq; luxus, voluptas & oblectatio, cognati, amici,) solus ille habitus & affectus, quo vel cum vitio, vel cum virtute coniuncti sumus, ita nobis inhæret, vt separari aut auferri non possit: solum beatum habendum iudicamus, eum, qui virtute præditus sit, & S. Augustinus *Psal. 30*. Qui diuites esse vultis, tales diuitias concupiscite, quas nec in naufragio potestis amittere, &c.

De hoc ordine personarum sententia teneatur: Etsi respublica illa omnium pulcherrima est: in qua virtuti suus, iuxta iustitiam distributiuam, locus tribuitur: Cum tamen ordo bonorum animi, quæ hominis propria sunt, ab ordine bonorum fortunæ non pendeat, sed plurimum differat: sapienti de loco pugnandum non esse: Cum de hoc ordine bonorum, quæ illius vere propria sunt, non tantum sine aliorum iniuria, sed honeste etiam, atque sapienter cedere possit. Locus enim, vt præclara Aristidis sententia habet, virtutem homini neque adfert, neque adimit. Et iuxta Euripidis sententiam, ille demum sapit ad communem vtilitatem, qui amicis, id est, collegis honestissima tribuit. Celebratur & Hermocratis apud Thucydidem sententia: Non esse turpe domesticos domesticis cedere. Hinc Zasius noster, *in dict. leg. cum quid. numer. 9.* Hanc materiam (ait) tractant Doctores latius hic: qui multum momenti locant in istas prælationes, vter præcedat vel sequatur, vter sit dignior. Ego semper posthabui talia: contempsi huiusmodi anxia curalium studia. Ita Conradus Imperator, cessit de titulo & dignitate, Lothario Imperatori sapientiori. Quæ magna virtus Conradi, Germaniæ multum profuit: & benedictionem à DEO etiam habuit: cum post mortem Lotharii, ille in Imperio successerit. Ita, cum in prælio contra Persas, contentio incidisset inter Arcades & Athenienses, vtrà gens priori loco pugnaret ad Plateas, laudantur Athenienses, quod in illo communi periculo patriæ maluerunt cedere: cum dicerent: Vbicunque collocati fuerimus, viros fortes nos præbebimus.

Quemadmodum è contrario Gallorum superbia repræhenditur: qui in pugna ad Nicopolim, in prima acie dimicare voluerunt. Nam etsi strenuorum militum officia fortiter obiuere: Quia tamen ratio cum Turcis præliandi illis minus explorata fuit, numero circumfusi sunt: & effecerunt, vt Sigismundus rex Vngaricus à Baiazete vinceretur.

Si de ordiue dignitatis quæstio sit, quales nostrorum principum de præcedentia conflictus sunt: neutiquam peccant, sed recte faciunt, qui ordinem dignitatum, iure sancitum, moderate tuentur: modo personæ & rei distinctio fiat. Nihil enim prohibet, personam in dignitate constitutam, ratione bonorum animi, quæ

propria

propria habet, moderate de se sentire: extraria autem illa, & non tam propria, quam aliena: ideoque sine aliorum iniuria irremissibilia bona, maxime ea lege, vt defendantur concessa, iure, sed ita tamen tueri, vt publicæ vtilitatis atque salutis præcipua ratio habeatur.

Suprema namque salus populi lex est. Quare heroïca virtus ducis Wirtebergensis merito laudatur, quod disputatione de ordine, seu loco, in conuentu principum mota, hanc generosi animi moderatissimam vocem edidit: Collocetis me sane post fornacem, dummodo efficiamus id, ad quod congregati sumus.

Eandemque moderationem sæpissime alii etiam principes sequuti sunt, ne grauissimæ Sacri Romani Imperii deliberationes impedirentur, & saluo iure suo, sessionibus promiscue vsi sunt. Quod de recessibus liquet.

Etsi autem (3) & iam olim, inter Sacri Romani Imperii principes tales controuersiæ fuerunt: Si tamen historica narratio illorum, qui exstant recessuum, euoluatur: disputatio de prærogatiua, Anno 1500. Augustæ primum resuscitata fuit, Dn. Friderico Bauariæ, & Dn. Georgio Saxoniæ duce, quod per inscriptionem iuri sessionis, atq; mori maiorum, & consuetudinibus veteribus præiudicare nollent, protestantibus.

Eadem controuersia in recessu Spirensi, Anno 1526. atq; Ratisbonensi, Anno 1527. repetita fuit: vbi promiscue sine ordine principes inter quos controuersia fuit, saluo cuiusque iure sederunt. Quod etiam factum est in recessu Spirensi, Anni 1529. in recessu Augustano, Anni 1530. in comitiis Ratisbonensibus, Anno 1532. & Anno 1541. in comitiis Spirensibus, Anno 1542. in comitiis Noricis eodem Anno. Rursum in comitiis Spirensibus, Anno 1545. in comitiis Wormatiensibus, Anno 1545. in Ratisbonensibus Anno 1546. Augustanis, Anno 1548. vbi commissarii à Sacra Cæsar. Maiest. deputati sunt, & rursum Augustæ, Anno 1551. Idem protestatum fuit Augustæ, Anno 1555. Ratisbonæ, Anno 1557. iterum Augustæ, Anno 1559. & Anno 1566. atque Ratisbonæ, Anno 1567.

De iudice illarum controuersiarum, atque modo procedendi, meminere recessus Augustani, Anni 1500. Anni 1548. 1559. Spirensis, Anni 1570. recessus Ratisbonensis; Anni 1576. 1598. & recessus 1603.

Reperio autem (4) eiusmodi controuersias interdum, iure partium integro, dilatorie, vel per compositiones, vti in præcitatis recessibus penè omnibus factum est, vel medio alternatiuæ, sopitas: interdum plene atque definitiue decisas esse.

Medio alternatiuæ, summi in hoc orbe magistratus, bellorum atque pacis temporibus, consules puta Romani, dictatores, magistri equitum, atq; Cæsares vsi sunt. *Tiraquel. de iure primogenit. quæst. 17. opin. 5. & quæst. 19. num. 4.*

Eandemque iam olim viam, secularium electorum posteri, qui de electoria dignitate pugnarunt, libenter amplexi sunt.

Nam ante bullæ Carolinæ promulgationem, Passauii Anno 1329. inter illustrissimas familias Palatinorum Rheni, & ducum Bauariæ, transactio composita fuit, vt Cæsarem Romanum alterius vicibus eligerent.

Imo ipsemet Carolus IV. bullæ aureæ creator, controuersiam inter Radulphum superioris, & Ericum inferioris Saxon. duces, in Tangermunda eodem medio sopiuit: quæ contentio vsque ad Sigismundi tempora durauit, donec penitus sublata est.

Constat deinde ex venerandæ antiquitatis grauissimis monumentis, duos, Ludouici, cognomento Bauari Imperatoris filios, Ludouicum & Ottonem, Marchiones Brandenburgenses, Archicamerariorum Sacri Romani Imperii titulo, promiscue vsos fuisse.

Quo exemplo procul dubio excitatus Fridericus I. elector Brandenburgensis, modernæ illustrissimæ stirpis marchionum Brandenburgensium, communis parens atque creator, cui Sigismundus Imperator, Anno 1417. mense Aprili, electoratum Brandenburgensem concessit, cum quatuor filios, Ioannem, Fridericum, Albertum cognomento Achillem Germanicum, & alterum Fridericum haberet, Sacra Cæsar. Maiestate, & filiis annuentibus disponit, vt duo Friderici, electoratum atque marchiam Brandenburgensem, alternis vicibus tenerent. Et Fridericus quidem natu maior, pro tempore vitæ suæ elector esset: Deinde illi Fridericus iunior, in dignitate electoria succederet: quæ post mortem illius, ad Friderici maioris stirpem reuerti deberet.

Quando (5) autem controuersiæ tales definitiue atque finaliter decidendæ sunt, duo disputationis membra primaria, à nostris constitui solent.

Nam aut nonnulla inter litigatores diuersitas, aut omnimodo æqualitas est.

Si (6) aliquid diuersitatis occurrat, quid sequendum, tradit Ioan. à Turrecremata *in cap. episcopos. distinct. 17. & Dd. locu præcit.* atque ample præ cæteris prosequitur Bursat *cons. 343. num. 8. cum seqq.*

Vbi autem (7) personarum, inter quas de ordine quæstio incidit, omnimoda æqualitas est, seniorem iuniori (1) iure diuino, (2) naturali seu gentium, (3) canonico (4) ciuili comuni & in specie (5) iure aureæ bullæ, (6) feudali, & (7) Saxonico præferendũ cõstat.

Ita enim regula ponitur, *l. si ita fuerit, ibi qui natu maximus natu ff. reb. dub. l. semper. ff. iure immunit. l. 2. C. præfect. prætor. lib. 12.* Quemadmodum & inter habentes eandem dignitatem, is præfertur, qui primo eam adquisiuit, latissime Tiraqu. *de iure primogenituræ in præfa. num. 79.* vbi quinquaginta ætatis priuilegia, & inter illa, etiam prælationem seniorum in consiliis *nu. 93.* inscriptionibus, *nu. 110.* subscriptionibus, *nu. 111.* sententiis dicendis, *112.* sessionibus, *115.* progressibus, *num. 118.* refert. *Vincent. Franch. decis. 144. n 2. Schrad. de feud. part. 10. sect. 9. nu. 154. Ambar. cons. 27. Lud. Rom. cons. 438 nu. 14 Paris. cons. 12. num 81. libr. 4. Rol. à Vall. cons. 47. num. 70. & seq. libr. 1. Crauet. cons. 489. num. 1. Cephal. cons. 615 num. 22. Grat. cons. 4. num. 33. 34. cons. 116 nu. 1. lib. 2. Decian. consil. 21. num. 60. libr. 1. cons. 7. num. 62. libr. 3. Menoch. cons. 51. num. 39. cons. 126. n. 21. cons. 902. nu. 50. 51. Bursat. cons. 228. nu. 55. cons. 343. nu. 5. 6. 7. Simon. Pistor. consil. 18. nu. 3. inter consil. Dn. Modest. Pistor. lib. 3.*

Concordat ius Diuinum, *Leuit. 19 vers. 32. Iob. 32. vers. 6. Prouerb 16. vers. 31. 1. Reg. 12. versic. 8. Tiraquel. de iure primogenit. in præfat. num. 85.* gentium, atque naturale, vt hoc ius ordinis immutabile sit, *Tiraquel. ibidem num. 35. 220. Decian multa cumulans consil. 21. num. 60. lib. 1. cons. 62 num. 63. lib. 3.* aureæ bullæ, inter plures filios, electoris primogenitum, ad electoratus successionem vocans; Ius feudorum *Rosenth. de feud. cap. 6. conclus. 39. num. 9.* atq; Saxonicum, seniori agnato & fratri, quo ad successiones in rebus expeditoriis, tutelis administrandis, atque diuisionibus faciendis prærogatiuam deferens.

Hæc obiter in locum priorum suffecta volumus.

Porro notandum, successionis vocabulum in dubio tam legitimam 6
quam testamentariam successionem complecti. *Tiraq. in tract. le morte saisit. part. 2. declarat. 7. nu. 7. Vasq. de success. creat. in præf. 21. n. 15. vsq. 21. l. fluminum. 24. §. adicitur. infr. damn. infect. l. 1. § illud tenendum. infr. quor. legat.* f

f Videtur in contrarium esse textus *in l. 3. §. de illo ff pro socio.* vbi dicitur, appellatione iustæ hæreditatis tantum venire successionem ab intestato. Sed recte notat inter successionis & iustæ hæreditatis nomina differentiam esse, Tiraq. loco præcitato. Et ad textum illum addendus *Pinel l. 2 num. 4 5. C. de bon. mater Vasq. de succ. creat. in præfat. num. 17. & lib. 2. num. 41. Idem de success. resolut. lib 3. ad l. si quando §. illud num. 85. Alphan. in suis collectan num 1 9. Delrio in reportatis. pag. 55. Alciat. in l. lege obuenire. 130 num. 1 ff verbor. signific. Alciat. cons. 1 num 5 lib. 8 & omnino Petr Gregor. in syntagm. iur part. 3. libr. 42. cap. 1. num. 9.* Ergo etsi aliqui contrariam regulam statuunt: quod vocabulo successionis in dubio non veniat successio ex testamento: *per d. l. 3.* Tamen vt videris, id tutum non est. Defertur quidẽ & successio ab intestato voluntate eius, de cuius successione quæritur, sed PERMISSIVA tantum: quum in testamentis necessaria sit voluntas DISPOSITIVA. Et notate ad *d. l. 3. § de illo.* Iustam hæreditatem dici à iure, quod iuris arbitrio & dispositione absq; interuentu dispositionis humanæ deferatur. At testamentum non simpliciter iustum, sed iusta voluntas dicitur vt intelligamus hic concurrere dispositionẽ hominis atq; legis Est enim testamentum voluntas hominis, at non simpliciter, sed voluntas iusta, id est, iure informata atq; solennis.

Ergo si filia patri cum iuramento successionis futuræ g renunciationem faciat, etiam successioni ex h testamento renunciasse intelligitur, & pro eo habendum est, ac si iuxta iuramẽtum præstitum, patrem liberasset & exemisset ab obligatione legali, qua filiæ legitimam portionem titulo institutionis relinquere tenebatur. *Bart. in l. stipulatio hoc modo. ibi Dd. & Bolog. nu. 85. inf. verb. oblig. Couar. in c. quamuis 3. part. relect. in pr. nu. 8. de pact. in 6.*

g Quadruplex est pactũ circa successiones futuras. 1 acquisitiuum, 2. conseruatiuũ, 3. dispositiuum, 4 renunciatiuum, vt infr. C. v. suo loco videbitur.

h Ita loquũtur Dd. quum intelligant successionem contra testamentum. Nam iuxta comm. Dd. sententiam, successioni ex testamento, non potest renunciari, id est, illi, quæ fit secundum testatoris voluntatem. *vide quod dixi, ad c. quamuis fall. 1. de pact. in 6.*

At si pater in testamento filiam aliquam partem hæreditatis vocet, ea, non obstante i iuramento, id quod sibi relictum est, capere poterit.

i Idem est, si filia ex statuto exclusa sit. Nam eo non obstãte, hęres institui potest. Hanc sententiam minime dubiam esse dicit *Tiraquel. hic. num 2.*

Ad præsentem autem locum adde *not. infra numer. 124. & quæ plenius tradidi ad cap. quamuis. num. 42. requisito 4. de pact. in 6.*

Et huius sententiæ authorem faciunt Bartolum *in d. l. stipulatio hoc modo. vbi sequuntur Ludou. Roman. num. 29. 30. & Ias. num. 13.* Alciat. *num. 12. Bologn. num. 85. Zas. num. 12. Bald. in l. fin. num. 15. ibi. Dec. num. 7. C. pact. idem Bald. in l. pactum. num. 6. C. collat. DD. in d. c. quamuis. ibi Couarru. 3. part. in princ. num. 8. Felin. c. si diligenti. num. 33. vers. decimo fallit. de for. compet. Paris. consil. 69. num. 10. lib. 3. Matth. de Afflict. c. si quis inuestierit. num. 24. de feud. dat. in vic. leg. commiss. Tiraq. in tract. le mort saisit. 2. part. declarat. 8. vbi plures in id more suo aduocat. Socin. reg. 194. filia renuncians. fall. 11. Gabr. Roman. lib. 3. commun. conclus. tit. de iure dotium. reg. 1. fallent. 3. num. 26. Porc. reg. 32. fallen. 3. lib. 4. Mynsing. obser. 7. cent. 2. Graff. §. institutio. q. 12.* Potest enim pater huic pacto tacite vel expresse renunciare, *k* ac libertatem testandi ex eo pacto sibi filię respectu acquisitam remittere *c. 1. de iureiu. c. 2. de renunciat. l. fin. inf. qui & à quib. Specul. tit. de legato. §. nunc ostendendum. num. 30. Oldrad. cons. 245. num. 8 9. Ioann. Andr. Abb. & cæteri in c. 2. ibi Felin. num. 33. extr. sponsal. DD. in d. l. stipulatio hoc modo. ibi Ias. nu. 15. Diaz. reg. 388.* Quam sententiam bonis textibus & rationibus niti, *Tiraquel.* & frequentiori calculo atque communiter, *Alciat. Paris. & Couarru.* imo quasi ab omnibus receptam, *Bologn.* & expeditam esse, atque nullam controuersiam habere, *Zas.* locis præcitatis testati sunt.

Sed obseruandum, hanc doctrinam sic magis perspicue tradi posse. *l.* Aut enim renunciatio futuræ successionis fratribus, absente patre, facta est: & tunc nec renunciatio, neque iuramentum valet. Tum (1) quod ratione fratrum recipientium sit pactum affirmatiuum de succedendo, quod sine patris assensu & perseuerantia non subsistit. Canonistæ in *cap. quamuis. ibi Gemin. num. 13. de pact. in 6.* Tum (2) quod eorundem fratrum respectu inducat votum captandæ mortis. *l. fi. ibi Cagnol. num. 62. vbi hanc communem dicit & ex Aretino probat. C. pact.* Vt proinde iure communi non firmetur iuramento. *c. detestanda. 2. c. ne captandæ. 3. de concess. preben. in 6. Ita post Bald. docuit Alex. d. l. stipulatio hoc modo. num. 12. ibi Ias. num. 12. Zas. num. 31. Petr. Gregor. in syntag. iur. 3. part. lib. 41. cap 13. num. 3.* Aut vero renunciatio iuris fratribus facta est, patre consentiente. Et hoc casu tenet quidem pactum, ex receptiori DD. sententia. *Alciat. d. l. stipulatio hoc modo. num. 9. m* Verum ad successionem ex testamento non pertinet. *n* Quando enim de successionis renunciatione hoc nostro casu loquimur, intelligimus ius, quod est de præsenti, id est, successionis ab intestato, non quod est in spe, aut ex noua causa, de futuro competere potest, ne odiosa *o* pacta extendantur. *Dec. dict. leg. final. numer. 7. C. pact. Felin. dict. c. si diligenti num. 33. Zas. dict. leg. stipulatio hoc modo. num. 32. Tiraquell. de iure primigeni. quæst. 86. num. 8.*

Ita

k Iuramenta quædã pręstantur Deo, quædam partibus. Quæ Deo præstantur, non remittuntur. Cętera iuraméta remittuntur vel ab eo, cui iuratum est, vt hic dicitur. Quemadmodũ cotidie videmus, dominos suis subditis quando in testes producuntur, iraméta remittere: vel à superiori: Quia in quolibet iuraměto excipitur ius superioris, *cap. constitut. de rescript. Couar. c. quamuis. 1. part. relect. § 3. num. 2.* Ita Cæsar & Camera relaxant illa.

l DD. non satis distinguunt, quando pacto renũciatiuo casus successionis ex testaměto comprehendatur, vel non. Si non compręhěditur, disputatione de tacita vel expressa iuraměti remissione nil opus est. Est autem maxima differětia, vtrum patri an fratribus renunciatio fiat. Si patri fit, tum eo ipso libera facultas de suis pro arbitrio testandi, à filia renũciante ipsi cõceditur: & per consequens, successio ex testamento quoque includitur. Ratio: quia alias ociosa esset respectu patris renũciatio. Ociosa, inquã, est renunciatio respectu patris, quo ad successionem ab intestato. Quia pater non cogitur decedere ab intestato: sed potest per testamentum successionem ab intestato tollere. Ne ergo elusoria sit, eam etiam ad successionem testamentariam extendimus. Non sic est in renunciatione fratribus facta. Tum (1) per textus apertos. Tum (2) quod pactum renuntiatiuum odiosum pertineat tantum ad ius præsens, non ad illud, quod ex noua causa de futuro competere potest. Tum (3) quod hoc pactum satis operetur in successione ab intestato. Hinc alia notabilis decisiõ sequitur: vt, si filia cum fratribus tantum paciscatur, patre assentiente: quod pater testaturus, eam instituere cogatur: quum, vt dixi, ea renunciatione successio ab intestato tantum comprehendatur: Quia nullum ius patri quæsitum videtur, sed fratribus tantum. Notabis autem eiusmodi renunciationes tacitam cõditionem in se habere, si renuncianti hæreditas delata fuerit. Nam si delata non fuerit, id est, si renuncians persona, ante eum, cuius successioni renunciauit, mortua fuerit, liberis illius per renunciationem nihil præiudicatur, *Modest. Pist. cons. 33 num. 4 lib. 1.* *m* Proprie & adæquate loquendo est pactum dispositiuũ, & valet ex receptissimà sententia, de qua vide quæ dixi *infr. n. 104 circa c. quamuis. p. 3. requisito 1. & 2.* *n* Successio ab intestato semper competit: ex testamento ita demum, si fiat testamentum. Ideo respectu successionis ab intestato, successio ex testamento est ius nouum ex futuro euentu, puta, à testamenti confectione dependens. Antiquior enim est successio ab intestato. Iuramenta respiciunt tantum statum præsentem, non ius superueniens, *c. 2. de renunc.* Et quælibet dispositio intelligitur, rebus ita stantibus vel in eodem statu manentib. *o* Ratio triplex cur hic includatur tantum successio ab intestato: 1. Propter iura aperta: 2. Ne odiosa pacta extendantur. 3. Quia hæc renunciatio satis operatur respectu successionis ab intestato, quo ad fratres, quorũ fauore renunciatio fit: quum in illorũ arbitrio non sit, vt illi successionem ab intestato de iure tollant, quemadmodũ pater eam tollere potest, facto testamento.

Ita loquitur Bart. d. l. stipulatio hoc modo. nu. 4. ibi Iaf. n. 13. Bologn. n. 85. Alciat. n. 10. Tiber. Decian. consil. 39. num. 63. lib. 2. Quum ergo tali pacto renunciatiuo successio ex testamento aut potius contra testamentum, non contineatur, vt ex *l si patronus 33. infr. bon. liber. c. 2. de renunciat. & gl. c. ad nostram. 20. verb. probarent. de iureiur. præ cæteris Iaf. Bolog. & Mynsin. locis præcitatis* recte docuerunt. Hinc ergo sequitur, nullam de iuramenti remissione quæstionem esse.

At si vero patri à filia renunciatio fiat, hoc casu *Bald. d. l. fin. num. 15. C. de pact. Felin. d. c. si diligenti. nu. 33. vers. decimo fallit. de for. compet.* & alii solam ab intestato successionem contineri putant. Verum sanior Bartoli & aliorum sententia est, existimantium, & successionem ex testamento *p* eo pacto comprehendi: ne alias sine effectu ea renunciatio sit: quum pater, testamento facto, ipse successionem legitimam excludere possit. Vt proinde pro ea remouenda nihil renunciatione filiæ opus sit. Cui porro consectarium est, vt remissioni iuramenti locus hic sit: quum & iuramentum ab eo, cui præstitum est, remitti possit: & nihil iuris fratribus ex ea renunciatione vere acquiratur: vt in fortioribus, quando scilicet diserte successioni ex testamento renunciatum est, docet *Couarru. d. c. quamuis. 3. part. in prin. num. 6. vbi se remittit ad lib. 1. var. resolut. cap. 14.* Quanquam Zasio, *q* ea in facti specie, vbi testamentariæ successioni clare renunciatum est, aliud videatur, *d. l. stipulatio hoc modo, num. 35.*

Regum, Electorum, *r* & principum filiæ dotatæ excluduntur à successionibus. Coguntur enim facere renunciationes successionum, id quod passim obtinet: *Modestinus Pistoris, cons. 51. ad fin. lib. 2.* Verum eiusmodi pacta, magna ex parte sunt ociosa. Quia quicquid Reges. Electores, Principes habent, id regulariter fiscale est. At in fiscalibus Rex, Elector, Princeps non habet successorem: quum fiscale patrimonium à regia, electorali, ducali, principis dignitate non separetur. *Corras. repet. l. filium quem. num. 22. C. famil. hercisc. Philipp. Franc. ad rubr. num. 62. extr. testam.* Possunt quidem Reges, Electores, Principes duplex patrimonium habere, fiscale seu publicum & priuatum, *gl. ad rubr. ibi Bartol. num. 17. Plat. num 9. C. iur. fisci. lib. 10 Corras. & Philipp. Franc. loc. præcit. Chassan. in consuetud. Burgund. rubr. 2. in princ. num. 8.* Sed raro habent patrimonium priuatum. Nam omne id fiscale seu publicum est, quod Rex, Elector, Dux, Princeps ex suo territorio habet: aut quod aliunde occasione dignitatis & vt rex, elector, princeps accipit. Et quidem omnia præsumuntur fiscalia in dubio. Priuatum autem patrimonium est, quod princeps acquirit contemplatione personæ tantum, non ratione dignitatis. *Chassan. in consuet. Burgund rubr. 2. in prin. num. 8. 9. Philip Franc. loco præcitato.* Hinc sequitur, pactum, quo filiæ regum, electorum, ducum successioni paternæ renunciant, modici effectus esse: quum alias etiam in fiscalibus non succedant: Quia talia bona pertinent ad successorem dignitatis.

Sed si rex, elector, princeps etiam patrimonium priuatum habeat, is filiam, quæ renunciauit successioni paternæ, instituere hæredem non prohibetur, per ea, quæ dicta sunt. Et quidem quo ad patrimonia talium dominorum priuata, eiusmodi pacta renunciatiua operantur.

p Id est, cõtra testamentum: Nam renunciatio patri fieri dicitur cõtra testamentum, & ab intestato *vide inf. n. 104. circa repet. c. quamuis. part. 3. requisit. 4. part. 4. ampliat. 20. part. 5. fall.*

q Zasius noster loquitur eo in casu, quãdo filia nõ simpliciter, sed diserte ita renunciat, quod nolit succedere ex testamento, si hæres à patre instituatur. *de quo casu vide infr. num. 104. d. requisito 4. & fall. 1.*

r Non tantũ à Principum, sed & Comitum, Baronũ, quin & à Nobilium quarũdam familiarum filiabus renũciationes pactis familiaribus fieri consueuerunt: quæ magni profecto momenti in priuatis patrimoniis, & allodialibus bonis sunt. Verum quo ad fiscale patrimoniũ & feuda recta, quæ masculina sunt, parum momẽti habent: si casum *c. 1. §. inter filiam. si de feud. defuncti. conten.* excipias: vbi & feudi masculini respectu, agnatis Vasalli renunciatio filiæ prodesse poterit. *Henric. Bruleus in tract. de renunciat. caus. 2. c. 4 num 5.* Pro cuius textus sententia, qui in grauissimis causis sæpe practicari solet, videantur, vltra Feudistâs ibi *Hieron. Grat. cons. 10. num. 2. lib. 1. Rolan. à Vall. cons. 1. num. 18. 20. 23. 63. lib. 1. cons. 2. num. 18. 31. cons. 98. num. 28. & 31. lib. 3. Iacob. Philip. Porc. cons. 1. num. 65. tom. 1. consil. var. German. consil 1. tom. 3. cons. 4. 5 6. 7. 8 9 10. 11 12. 13. 14. 18. 24. & tom. 3. cons. 32. tom 5 latissime Vvesenbec, cons 1. & cons. 93 Mynsing. obseruat. 25. Cent. 5. Iacob. Menoch. remed. 4. adipiscend possess. num. 376. Domin. Hartman. Pist qu. feud. 39. per tot.*

Cæterum materiam testamentorũ omnium optime triplici methodo, 7
definitiua & diuisiua, compositiua atq; resolutiua explicari posse arbitror.

Præmissa ergo definitione atque diuisione, ad totius corporis constructionem progrediemur. Et quum testamenta, sicut & negocia pleraque alia hominum, atq; ciuiles actus ex substantialibus, naturalibus, accidentalibus & effectibus componantur, *s Bologn. notanter ad l. nemo. n 3. inf. lega. 1.*

s Alii cognata, adiacentia, pugnãtia addunt. Ego autẽ Bologneti methodum retineo. Iureconsulti enim disputationes ad ea, quæ vsum habent, directas esse oportet.

De

De hisce ergo omnibus per ordinem, Deo fauente, dispiciemus: exceptiones quoque, & alia addituri: quod omnis in iure definitio periculosa sit, & regula per exceptionem viciata officium perdat, *l. 1. & l. omnis definitio. infr. de reg. iur.* Id vbi diuina ope à nobis præstitum fuerit: vniuersum testamentorum corpus in sua rursus principia resoluemus. Omnes ergo totius compositionis partes, id est, textus singulos, ad testamẽtorum materiam in iure ciuili atq; Pontificio spectantes, percurremus: Quæ peculiarem declarationem desiderant, haudquaquam prætermissuri.

SVBSTANtialia.
1. Causa efficiens, testator habens testamenti factionem actiuam.
2. Materia ex qua, voluntas explicata.
3. Materia circa quam, hæreditas.
4. Causa formalis, hæredis institutio.
5. Solennitas, 1. vt fiat vno contextu: 2. vt testator nominet hæredem propria voce: 3. testes: 4. nuncupatio totius voluntatis coram testibus, in testamento nuncupatiuo: 5. alia testamenti clausi solennia.
6. Causa finalis, intentio testatoris, vt dispositio valeat post mortem eius.
7. Substantia confirmatoria, mors testatoris, & hæreditatis aditio.

NATVRALIA SVNT.

1. Repræsentatio testatoris: 2. productio effectuum: 3. ius accrescendi: 4. ius transmissionis: 5. & 6. ius dominii & hypothecæ legatario competens: 7 & 8. Trebellianica & Falcidia: 9. resolutio testamenti.

ACCIDENTALIA.

1. Tutelæ datio: 2. legata: 3. clausula codicillaris: 4. Vsusfructus vxori relictus.

EFFECTVS.

Effectus sunt obligationes & actiones ex testamento descendentes.

Coniungo autem cum titulo nostro, de testamentis, ex iure Pontificio causam. *12. q. 3. & 5. & 13. q. 2. can. vltima voluntas. cum can. seq. 18. qu. 1. 19. quæst. 3. can. quia ingredientibus. cum seqq.* Deinde titulum *de testamen. in Decretal. antiq. in 6. & Clementinis.* Ex iure autem ciuili *tit. de testam. ordinan. Institut. tit. qui testam. fac. poss. & tit. de testament. in C. tit. de testam. imperf. & tit. vt sponsalit. larg. in Nouell & ordinationem imperii Anno 1512. Coloniæ de notariis promulgatam sub rubr.* von Testamenten.

8 Coniungo pro more Scholarum, iura pontificia cum ciuilibus. Quærat aliquis an recte id fiat?

Ratio dubitandi prima: quod ob dogmata quædam, & iam olim, atq; hodie etiam, controuersa, de quibus Marsilius Patauinus, *pro Cæsare Ludouico, & responsio eiusdem Imperatoris, iura regni atq; imperii concernens, contra Papæ Ioannis 22. bullam*, M. Lutherus *in libell. quare Rom. pontif. lib. exusti sint, lib. protest. ant. elect. & statuum Imperii, in quo causas exponunt, cur ad concil. Trident. à Pio IIII. indictum, salua pietate comparere non possint.* Ioannes Iuellus Anglus, *contra Thomam Hardingum, per tot, maxime art. 4. art. 16. sect.* Laurentii Vallæ, *de donatione Constantini declamatio, cum censuris Nicolai Cusani Cardinalis,* Antonini Archiepiscopi Florentini, Raphaelis Volaterani, & Hieronymi Pauli Cathalami, *ab Hulderico Hutteno, equite Franco edita, & Papæ Leoni X nuncupata,* Petrus Asylus IC. *de decret. van.* Marius Salomonius, *in lib. de principatu.* Author Bruti fulminis, Bodinus *de republ. lib. 1. cap. 9.* Rudolphus Hospinianus, *de origine templorum lib. 5. ca. 1.* atq; reformatarum Ecclesiarum scripta meminere, ius Canonicum, *vti Ioan. Sleidan. lib. 1. historiæ suæ, ad finem refert,* Witebergæ publice exustum fuerit: vt multi inter IC. etiam illud quodammodo auersent? Legem autem sanctam atq; honestam esse conuenit. *cap. erit autem. 4. dist.*

Ratio dubitandi secunda: quod ex iurium vsurpatione, superioritas concludatur: vti præstantissimus IC. Franciscus Zoannetus Bononiensis, *in tract. de Rom. Imper. nu. 132. cum multis seqq.* demonstrat. Quo factum, vt reges Hispanorum, sub capituli pœna vetuerint, ne quis Romanas leges, sui iuris testes alleget, *Franciscus Varg. de authorit. pontific. axioma. 7. num. 11. Oldrad. consf. 69. nu. 6.*

Reges Gallorum iura ciuilia & pontificia publice doceri patiuntur: verum subditos suos, illis obligari nolunt.

Alaricus Gothorum rex, sub capitali pœna sanxit, ne quis Romanorum leges suis opponeret. *Bodinus de republ. lib. 1. cap. 8.*

DECISIO.

Concludo cum Augustana confessione, *ex art. 16.* Magistratum iudicare posse, ex legibus Imperatoriis, & aliis præsentibus, id est, ex iure ciuili & pontificio, quatenus illa iura cum lege diuina non pugnant.

Hanc

Hanc enim, Augustanæ confessionis publicatæ sententiam esse, obseruantia electorum, principum, statuum reformatorum subsecuta, omnium, quotquot in iure vniuerso habentur, interpretationũ longe optima, indubitata, certissima, probat. Cum in omnibus Academiis, ius Canonicum solenniter legatur & explicetur: atq; in supremo imperii tribunali, & electorum, regum atque statuum auditoriis, decisionibus causarum adhibeatur.

RESPONSIO AD RATIONES DVBITANDI.

Ad primam rationem dubitandi respondetur: si propter capita controuersa, ius Canonicum abiiciendum sit: eadem ratione, totum quoque ius ciuile, atque Saxonicum, respuendum fore.

Et profecto, apud Iurisconsultos omnes, ius Canonicum, in maximo semper pretio habitum fuit: & etiamnum habetur: Cum Romani pontifices, vt plurimum Iurisconsultos totius orbis præstantissimos, secum habuerint, quorum consilio suas decretales publicarunt: vt non tam Canones ipsi, quam Canonum rationes spectari debeant. Quo de argumento splendida oratio, amplissimi Iurisconsulti Euerhardi à Weihe, qui apud electores & principes Sacri Rom. Imperii, summis functionibus, cum laude præfuit, & nunc etiam præest, in Academia Witebergensi habita, exstat.

Accedit decisioni productæ, Augustanæ confessionis, & reformatarum Ecclesiarum authoritas.

Inter illos autem, qui se catholicos dici volunt, nulla est quæstio, imo pro hæretico illis est, qui epistolas Pontificum Romanorum decretales non recipit, *Ambros. de Vignat. in tract. de hæresi, q 2. n. 33. ibi Scholiastes.* Decretales (inquit) multi hæretici conati sunt impugnare: eas vel nullo modo recipientes, vel impias & Christo aduersarias esse impudenter & mendaciter asserentes. Nam Valdenses olim, (vt refert Nicol. Eymericus *in directorio inquisitorum part. 2. quæst. 14. vers. sextus error. num. 3. part. 3. tit. de signis, per quæ Valdenses hæretici cognoscuntur. num. 112.*) Decretales & statuta Romanorum Pontificum nec recipiebant, nec obseruandas dicebant: Et Ioannes Vicleff, apocryphas esse epistolas decretales impie mentiebatur; vt refert Turrecremata *in summa de Ecclesia, lib. 4. part. 2. cap. 38.* Et Lutherus, vt est videre apud Roffensem, *art. 30.* impias, & Christo aduersarias appellat.

At nos Catholici, vna cum Gelasio Pontifice Romano, venerabiliter eas recipiendas esse scimus & confitemur, *canon sacrosancta 15. distinct.* Et vt breuiter agam, earum authoritatem efficacissime defendit Turrecremata *in summa de Ecclesia lib. 2. cap. 108 vide Couarru. lib. 4. var. resolut. cap. 16.* Ex quibus intelligis, qualiter sit hæreticus censendus, qui earum detrahit authoritati. Hæc ille.

De secunda ratione dubitandi respondeo, quo ad *ἐξουσίαν* aut potestatem secularem, friuolam esse obiectionem: cum terras Imperii, ab Ecclesiæ terris vulgo distinguant: & quo ad authoritatem politicam, Cæsar noster IVRE, pontificis Romani superior sit, & illi imperet: quidquid de facto fiat.

Wie auch alle Geistliche Prælaten, von wegen deß Heiligen Reichs Regalien, vnnd Weltligkeit/oder Weltlicher Obrigkeit/ dem Heiligen Reich vnterworffen/ vnd desselben Glieder seyn/ *And. Gail. lib. 1. obser. 30. no. 1. & seq. idem de pace publ. lib 1. cap. 1. n. 12. & sequentib.* Suntq; Ludouici Pii temporibus episcopi asciti inter principes Imperii: quod in Chronicis Sclauorũ annotauit Helmoldus, & admodum notabile Reinerus Reineccius, *in proœmio illorum annalium* esse scribit. Idem ergo & de Pontifice iudicandum. *t* Nam etsi in iis, quæ sacri ministerii propria sunt, magistratus politicus, ministerio subsit, *quod scripturis diuinis conuenienter, vir apostolicus, beatissimus Ignatius in epist. 2. ad Trallianos, in epist. 6. ad Philadelphienses, & late Petrus Martyr. in lib. iud. cap. 19. tradidit:* Ratione tamen dominiorum & regalium, quæ habet Papa, (das ist von wegen der Weltligkeit) non minus, atque alii principes Ecclesiastici, Cæsari nostro, orbis Romani Domino, iure subest, & quicquid de facto fiat, subesse debet, *Marsil. Patauin. pro Cæsare Ludouico. libr. 2. cap. 4. 5. 7. 8. 9. 10. 17. 21. 24. Ioann. Longouall. in repet. l. imperium, num 259. de iurisdict. Bertachin. in tract. de gabell. part. 1. num. 5. Thomat. de collect. §. medici. num. 3. dicens, Pontificem munera patrimonii sustinere. Petr. Asil de Antioch tyr. cap. 7. 8. 9. Bodin de repub. lib. 1. cap 9. apologia catholica, & author Bruti fulminis locis præcitatis. Petr. Martyr in lib. iudic. cap. 19 fol. 184. fac. 2. in edit. Tigur. anni 1561. qui de su-*

t Dextre hæc accipiãtur vt salua regia authoritas, in causis Ecclesiasticis sit, qua de re luculente disseruit author apologiæ catholicæ *Parisiis Anno 1586. edita. fol. 131. & multis seqq. Brutum fulmen fol. 53.*

de supremitate & subiectione politicæ, atque Ecclesiastica potestatis late eo in loco disseruit. Neque enim orbis Romanus monstrum est, duo in temporalibus capita habens: multo minus Cæsar noster, à Papa imperium obtinet, vt aliqui perperam tradidere: *Carrer. de haret. num. 30. multos in id adducens: quos manifesti erroris se conuincere dicit Michael Vlcur. de regimin. mundi. 2. part. quæst. 2. 3. 4. apolog. cathol. atque Brutum fulmen, vbi proxime.*

Etsi autem ille idem Vlcur. *quæst. 4. princip. ibidem.* Pontificem in temporalibus, à Cæsaris maioritate hoc prætextu eximere studet, q Papa Occidentis imperium, non ad finem politicum, sed ad finem conseruationis spiritualium, & æternæ beatitudinis atq; Ecclesiæ, quæ sine illo consistere nequeant, teneat: Lubrico tamen hoc fundamento, quod ineptum atq; euidenter erroneum esse, omnes intelligunt, Papam Cæsaris potestati non eximit, sed inuoluit magis, argumento ipsius, (quod optime atque verissime fieri potest) inuerso.

Respondeo (2) duplicem esse potestatē, Ecclesiasticam atq; politicā aut secularem.

Et licet Ecclesiastici principes atq; status non tantum Ecclesiasticam, sed & secularem authoritatem sibi vendicent: adeoq; diuersas personas, Episcoporum videl. aut aliorum prælatorum, & magistratuum politicorum sustineant: *qua de re Ioann. Igneus d. l. necessarios. §. non alias. part. 2. n. 128 inf. ad SC. Syllan. Pet Bertran. de orig. iurisd quæst. 3. Hadrian. Saruia, de honore præsulū cap. 12. cum mult. seqq. author lib. de postrem. mot. Gall fol. 378. 397. Petr. Asil. & alii, locis relatis, atq; theologi cum reformatarum tum pontificiarū Ecclesiarum disseruere.* Et quo ad politicam potestatem, quatenus tales prælati principes aut status Sacri Rom. Imperii sunt, omnes illi, qui Pontificis, Archiepiscoporum, Episcoporū subditi sunt, illis vt magistratibus suis, politicam obedientiam, iure diuino & humano præstare denunciantur: quod Ecclesia etiam veteris testamenti, sub Babylonicis, Persicis, Græcis, atque noui testamēti Ecclesia, sub Cæsaribus, à Christiana religione alienis fecit: *Iulian. 11. qu. 3. Petr. Martyr in libr. iudic. cap. 19 fol. 143. fac. 2, in edit. Tigurin. An. 1561. author lib. de postrem. mot. Gall. fol. 28. 29. & F. D. L. in apologia catholica contra perturb regni Franciæ part. 2. n. 8. fol. 61.* Ecclesiasticam tamen omnem authoritatē recessu Imperii de pace religionis, respectu protestantium Ecclesiarum, suspensam esse, omnes norunt. Ita enim electores, principes, status S. Rom. Imperii, Anno supra millesimū quingentesimum quinquagesimo quinto, in Comitiis Augustanis, cum Cæsare & Rege Rom. Ferdinando, aliisq; Catholicam, vti vulgo appellatur, religionem amplexis principibus, atq; statibus, henoticum fecere. Qua nobilissima sanctione vigente, floruit hucusq; & viguit, atque Christo fauente, in posterum etiam vigebit, S. Rom. Imperii maiestas.

Nihil ergo à iuris Canonici vsurpatione periculi.

Ita Galli, Hispani, atq; alii, iure Romano vtuntur: quum de facto, Cæsaris nostri superioritatem, iure sancitam, non agnoscant, *Dec. in l. pen. n. 19. C. qui testamen. fac poss. Ar. Pinell. ad rubr. 2. part. n. 12. C. de bon. matern. Ascan de patr potest. cap. 2. nu 5. Ioan. Ferald. de priuileg. regni Franc. nu. 3.* Non quid lex dicat, (vti illi loquuntur) sed rationem legis spectantes, *Franc. Varg loco præcit. num. 12.*

Ita regnorum constitutionibus atque moribus cessantibus, ad consuetudinem vicinorum locorum recurritur, *c. cum olim. vbi Abb. & Dd de consuetud. Boer. decis. 263. num. 9. Bursat. consil. 161. n 20 Lud. Schrad. in respon. o pro rege Daniæ. q. 1. rat. decid. 94.*

Ita Romani legibus XII. tabularum vsi sunt.

Ita Poloni in decisionib. causarum plebeiorum, iure Saxonico vtuntur, *Petr. Royz. in præfat decis. Lituan.* Idq; textus *art. 11.* Weichbild clare dicit, Daß die Polen ihr Recht zu Magdeburg geholet. Et hoc probauit Boleslaus Pudicus circa An. Domini 1257. quod ex Mechouio annotauit Crentzhemins, *chronol part. 2. lib. 5 fol. 273.* Aber Casimirus der König in Polen hat einen teutschē Schöppenstul zu Crakaw im Schloß bestellet, welcher nach dem Sachsenrechte sprechen solte / damit man nicht mehr auß Polen gen Magdeburg appelliren dörffte. *ex Mechouio idem Crentzhem. chronolog. par. 2. lib 6. fol. 303.*

Ita multæ ciuitates Vandalicæ, non tantum iure Lubecensi vtūtur: quod & aliis solenne est: *text. in* deß H. Reichs peinlicher Halßgerichts Ordnung / *cap. vlt.* Sed ad illam rempublicā etiam appellant. Nam vti iure Canonico per saltum, iure autem ciuili gradatim, ita iure Saxonico, à ciuitatib. cuiuslibet prouinciæ, ad primariam ciuitatē, & caput prouinciæ appellatur: *art. 12.* Landrecht / *lib 1. vbi gloss num. 10. art. 10. cum glos. vers* fürbaß mehr soltu wissen. *art 11. art 12 cum gl art. 13. 14. 15.* Weichbild. *Petr. Heigius q. 4. nu. 37. 38. 39.*

Aliud autem est appellare, aliud consultare, *Adrian. Gylman. symphorem. tom. 3. verb. appellatio in genere. fol. 19.*

Respondeo(3)ex hisce omnib.elucere,non subditis,ab vsurpatione iurium, quæ in regnis aut prouinciis vicinis vigent,nihil esse periculi. Cum qui subditi sunt, frustra velamentis sese induant:Deo enim iudici iustissimo atque æquissimo,suo tempore,subiectionis recusatæ,grauissimam sunt reddituri rationem.

Necessarium ergo est ante omnia testamenti docere etymologiam & 9
definitionem. Cæterum Seruius Sulpitius Iurecõsultus,vir ætatis suæ doctissimus,in libro de testamentis secundo, testamẽtum à mentis contestatione compositum esse dixit,vt refert *Gell.lib.6.ca.12.* quem secutus est Imperator *in princ.Instit.de testam.*& Theophilus *eod.tit.in princ. Alber.de Rosat. in tract.statut.qu.46.nu.11.* Estq; hæc sententia à DD.nostris communiter recepta,vt testati sunt *Vasq.de success.creat.in præfat.num.28. Grass.in lib.recept. sentent.§.testamentum.q.2.*

Simile disputationem de voce postumi & postliminii vide apud *Angel. Spanuorb.ad l.Gallus.partic. 8. infr. liber. & postum.*

Ab hac autem opinione dissentit *u Gell.loco præcit. Laurent.Valla libr.6.elegan.cap.36. Tiraq.de nobilit.cap.31.nu.536. Cattel.Cot.in memorab.verb.testamentum. Alciat.in lib.4.de ver.signif.(mihi col.111.numeros non habet)& in l.taberna. nu.9.infr.de verb.signif.* sentiens Imperatorem non etymologiam, sed allusionem vocis tradidisse,quæ non ad originem vocis, sed ad soni similitudinem referatur, *Constantin.Roger.de iuris interpret q.2.n.11.Claud.Cant.& Vigl. in prin.Inst.eod.Couarr.ad rubr.part.1.n.1.& 2.extr.eod.VVesenb.hic.Grass.d.q.2. Ebert.de iuramen.sub rub.de vocabulis latinis.* Quorum omnium sentẽtia huc tendit,quod à verbo testor, simplex dictio (testamen) deriuata, posteriorem syllabam assumat: vt testamentum dicatur quasi velamen velamentum,nutrimen nutrimentum,regimen regimentum.

u Si hęc vox,inquit, composita est a testatione mẽtis,quid igitur calciamẽtũ, quid paludamẽtũ, quid pauimentum, quid vestimentum, quid alia mille, per huiusmodi formam producta: etiamne ista omnia composita esse dicemus? Ita irridet Sulpitium Gellius.

Verũ Theophilus loco præcitato,hanc,quam ex Seruio attulimus,etymologiam esse tradit. Cuius,quemadmodum & Seruii atq; Iustiniani sententiam,erudite defendit *Petr.x Greg.in syntag.iur.part.3. lib.42.cap.2. num.3. plures in locum præsentem remissiones adducit Delrio ad princ. Inst eod.*

x Petr.Greg. ex Sexti Pompeii libris de verbo. significatione,verbum comminiscor, a quo commentum est, tradit habere simplex antiquũ meminiscor, à quo sit mentum, quemadmodũ a cõposito cõminiscor commentũ:& mentum quidem atque commentum esse mentis memoriale, vt proinde recte dicatur testamentum testatio mentis, i.e. non mentis significatio simplex, sed vltimæ volũtatis coram testibus facta significatio.

Et licet quædam testamenta nõ iusta, id est, haudquaquã solennia sint: illis tamen & etymologia proposita & testamenti appellatio,in genere accepta,congruit,*y gloss.fin.l.1.hic.ibi DD.& Bald.n.4.Bologn.ad rubr.nu.12.infr. liber.& postum.Ruin.ad rubr.infr.legat.1.ibi Ias.nu.2. Abb.ad rubr.nu.1.ibi Couarr.1.part.num.1.extr.eod. Bellon.in princ.num.3.Inst.eod.*

Cæterum testamentũ est voluntatis nostræ iusta sententia de eo, quod 10
quis post mortem suam fieri velit, *l.1.hic. quam eleganter & perspicue exposuit Sebast.Medices in tract.definit.definitione 76.per tot.*

Sententiæ vox generis loco est, *DD. ad l.1.hic. ibi Duaren.sub rubr.quid sit* 11
testamentum.& Couarr.ad rubr.1.part.n.3.extr.testam. quæ cuiusq; rei deliberatæ voluntatem continet, *Bart.hic.n.2.* & rectum iudicium ab Aristotele *lib.6 Ethic.ad Nicomach.cap.11.*appellatur. Quemadmodum enim sensa, à sensu accepta dicimus: sic consuetudo iam tenuit, vt quod quisq; animo sensit & deliberate constituit,sententia vocetur, *Fab. Quintil. lib. 8. cap. 5. Canonistæ ad rub.ext.sent.& re iud. Par.de Put.in tr.syndic.verb.index male iudicans cap.1.nu.6.Francisc.de Acceptant.in tract.de sent. definit.& interlocut.nu.18. (in 8. volum tract.) Marant.de ord.iudic.3.part.6.part.princ.num.2.*

Est

y Appellatio testamenti est generalis & specialis. In genere comprehẽdit etiam codicillũ, *Mat. de Afflict.de iure protomiseos.§.3.num.10.* Ergo si statuto remissa sit testamentorum solennitas, puta, si cautum sit,vt testamentum coram duobus testibus fieri possit,idem de codicillo dicendum erit, *Ang.Aretin.in tract.suo de testament gloss.6. nu.1.* Hinc etiam sequitur,si testator dispositionem aliquam suum testamentum esse dicat, nullo ibi hærede instituto, eam ordinationem vt codicillum valituram, *Dom.Magdal.in tract.de numero testium in testament.requisito.part.1.cap.6.n.21. vide l.non codicillum.14.& l.testamentum.17 C.eod.& quæ ibi per DD.notantur.* At proprie testamentum significat solenne testamentum. Ergo auctis testamentorum solennibus, non etiam augebitur testium numerus in codicillis. Tum (1) quod statutorum verba proprie sint accipienda. Tum(2)quod in correctoriis non sit licita extensio. Plura ad propositum notat Peccius *de testam.coniugum.lib.4.cap.4.per tot.*

12 Est autem testamentum sententia iusta, qua voce differentiam à Iureconsulto expositam esse, crebrius hic & alibi interpretes tradidere, quanquam de vocabuli sensu nonnihil inter se dissentire videntur.

Multi ordinarie ad *l. 1. & ad Institut.* commentati sunt. Ad *l. 1. Bart. Bald. Castr. Alber. Goffred. Angel. Imol. Aretin. & alii.* Ad *Institut. Bald. Angel. Nicol. de Neapol. Ioann. Fab. Porc. Vigl. Marc. Anton. Ioan. Ferrar. Æmil. & plures alii recentiores: qui de testamenti etymologia & definitione consulendi sunt.*

Ita autem contra hanc definitionem argumentor, quod sit latior definito:

Iusta voluntatis nostræ sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri vult, est testamentum.

Sed codicillus, legatum, fideicommissum est iusta voluntas de eo, quod quis post mortem suam fieri vult.

Ergo codicillus, legatum, fideicommissum est testamentum. Quod est falsum.

Accursius glossator etsi primum volũtatem iustam interpretatur solennem: tamen ad extremum, vbi se multum torsit, existimat, addenda esse definitioni verba (cum hæredis institutione) & sic arbitratur, Modestini definitionem non esse perfectam.

Bartolus hic *num. 3.* contra censet, durum esse, quod IC. testamentum non recte definierit. Vult ergo Iureconsultum saluare, & dicit, huius vocabuli (Iusta) triplicem esse in iure vsum: 1. interdum dici iustum, quod sit solenne: 2. interdum iustum appellari, quod sit legitimum. Et ita nos dicimus hæreditatem iustam, id est, legitimam, ab ipso iure introductam & approbatam: ita iustam vxorem, iustos liberos appellamus: 3. interdum id esse iustum, quod sit perfectum, vt, quum dicimus iustam ætatem, perfectam ætatem intelligentes.

Vt ergo DD. ab hac oppositione se expedirent, alii ad alia huius vocis significata confugerunt.

Bartolus existimat, testamentum dici iustam voluntatem, id est, perfectam: quæ perfectio consistat in hæredis institutione: quum sit caput testamenti.

Bartolum simpliciter sequitur Baldus hic, & pro saluatione Bartoli addit: testamenti perfectionem esse quadruplicem: 1. materialem, seu respectu voluntatis: 2. substantialem, quæ contineatur institutione hæredis: 3. formalem, quæ solennibus definiatur: 4. & perfectionem irreuocabilitatis, quæ accedat testamento ex morte testatoris & hæredis aditione.

Castrensis *num. 5.* Bartolum & Baldum in reprehensionem vocat, sentiens glossatoris subauditionem esse necessariam.

Testamentum est voluntas iusta, id est, perfecta, ea perfectione, quæ in testamento requiritur. Nihil (inquit Castrensis) hæc Bartoli & Baldi euasio valet.

Nam & legatum voluntas iusta, id est, perfecta est, ea perfectione, quæ in legato requiritur.

Bartolum tamen Vasquius & alii quidam defendunt.

Alii dicunt, testamentum esse voluntatem iustam, id est, legitimam, seu secundum regulas iuris confectam, quod minime congruat codicillo: quum non fiat secundum regulas iuris, neque in eo quicquam recto iure scribatur: *Ita Cuiac. ad l. 1. & 3. hic. ibi Charond. in addit. Petr. Gregor. in suo syntag.*

Nonnulli opinati sunt, testamentum esse voluntatem iustam, id est, solennem, quæ fuit originalis expositio glossatoris hic: Eam hodie plures Illustres DD. *Alciat. Vigl. Couarr. & alii* sequuntur, *per l. 1. infr. iniust. rupt. & irrit. testam.*

Et sic videtis, quum triplex huius vocabuli expositio à Bartolo tradita sit, nullam omnino à Doctoribus nostris negligi: alios ad hanc, ad aliam alios significationem confugere.

Verum hæ variæ expositiones, si bene expendantur, in effectu inter se congruunt, vt postea videbitur. Omnes enim hoc sentiunt: testamentum esse voluntatem solennem. Bartolus dicit: Voluntatem iustam, id est, perfectam, non simpliciter, sed κατ' ἐξοχὴν, vt diserte *Alciat. Couarr. Vasqu. & alii* exponunt. *Cuiacius, Charond. Petr. Gregor.* iustam, id est, legitimam secundum iuris regulas, id est, solenniter confectam dicunt.

Hoc pacto definitio legato, codicillo, fideicommisso haudquaquam congruit, § *fin.*

Institut. de codicill. Codicillos, inquit Imperator, etiam plures quis facere potest, & nullam solennitatem ordinationis desiderant.

Atque ita quidem DD. transeunt.

Ego porro contra hanc DD. expositionem ita argumentor, probaturus, stante hac expositione, definitionem esse angustiorem suo definito.

Testamentum est iusta, id est, solennis voluntas.

At testamentum & ad pias causas, testamentum militare non est iusta, id est, solennis voluntas.

Ergo tales dispositiones non sunt testamentum. Quod est falsum.

Respondendum, IC. definitionem ad testamenta non iusta non pertinere.

z De quadruplici perfectione testamenti vide inf. circa substantialia ad princip.

a Quod scilicet testamentum sit voluntas iusta, id est, cum hæredis institutione.

Bartolus enim iustam, id est, perfectam voluntatem interpretatur *z numer. 3.* quem Baldus sequitur. Et licet Castrensis *num. 5.* hanc interpretationem irrideat, & Glossatoris subauditionem necessariam *a* esse putet: recentiores tamen Bartolum defendunt hanc perfectionem, κατ' ἐξοχὴν, de ea, quæ testamentis congruit accipientes, *Alciat. in l. nemo. num. 24. infr. de legat. 1. Idem in l. lege obuenire. num. 4. infr. verb. signif. Couarr. ad rubr. 1. part. nu. 3. & 4. extr. testam. Vasq. de success. creat. in præfat. n. 27. 28. Vacon. lib. 4. cap. 118. Mantica de coniect. vlt. vol. lib. 1. tit. 4. nu. 10. & tit. 6. nu. 1. Grass. d. § testamentum. quæst. 1. Hotoman. cons. 36. nu. 14. & cons. 54. num. 5.* Quæ & Baldi sententia loco præcitato fuit.

At glossator hic simpliciter iustam exponit solennem voluntatem, idemq; *Alciat. Duaren. Couarru. locis præcitatis, & Viglius ad princ. nu. 29. Institut. eod.* referunt & probant *per l. 1. infr. tit. 2.* Sequitur Dominic. Magdal. *in tract. de num. test. in testam. requis. part. 1. cap. 4. num. 35. & cap. 16. num. 213. vbi glossæ expositionem communiter approbatam dicit.* Quum enim Papinianus ibi testamentum non iure factum, seu iniustum esse dicat, vbi solennia iuris defuerunt: Hinc ergo DD. colligunt, vbi solennia adsunt, ibi iure factum seu iustum testamentum recte dici. Sequitur hanc sententiam etiam *Carol. Sigon. de antiq. iure ciuium Roman. lib. 1. cap. 12.*

Intelligatur autem Papiniani sententia non de solennibus in specie tantum, quæ vltra regularem actuum ciuilium substantiam desiderantur: *Bologn. ad rubr. num. 2. & seqq. infr. lib. & postum. & in d. l. nemo. num. 3. cum sequentib. infr. de legat. 1. l. 1. num. 9. cum seqq. & l. sciendum. num. 4. cum seqq. infr. de verb. obligat.* quemadmodum verbi gratia, in venditione rerum immobilium minoris & Ecclesiæ, vltra consensum, mercem & pretium, plura necessaria sunt: sed generaliter, & vt omnia testamentorum substantialia, & in his etiam solennia, quæ specialiter sic dicuntur, comprehendat, *Bologn. ad rubr. num. 12. infr. de liber. & postum. Idem d. l. sciendum. n. 4. & 7. infr. de verb. oblig.*

c In § fin. instit. de codicill. dicitur: codicillos nullam solẽnitate ordinationis desiderare. Cõtrarium dicitur *in d. l. fin.* Sed glos. ibi respondet, nullam ordinationis solennitatem requiri, qualis in testamẽtis necessaria sit.

d Huius mentionem faciunt Duarenus loco præcitato, *Cuiac. hic. & in paratitl. ubi VVesenb. in paratit. Petr. Greg. part. 3. lib. 42. c. 2. in syntag. iur. putat, non esse Vlpiani, & eam, vt nimis angustam, reprehendit: Cuiac. contra, eam probat.*

Verum Duarenus contra hanc interpretationem excipit, quod in codicillis quinq; testes necessario requirantur: *c l. fi. C. de codicill.* quæ solennitas quædam sit: quum ad probationem duo testes regulariter sufficiant. Vt proinde & codicillus iusta voluntatis nostræ sententia perhiberi possit.

Deinde definitio testamẽti, *d* quæ Vlpiani nomine circumfertur, huic expositioni parum congruere videtur: quum testamentum mentis nostrę iustam contestationem esse dicat, in id solenniter factum, vt post mortem nostram valeat. Vbi solennis confectionis mentio inaniter redundans esset, si Glossatoris interpretatio consisteret.

Existimat quidem Alciatus verbis definitionis nostræ peculiarẽ ἔμφασιν inesse,

inesse, vt iusta sententia perquam solennis sit. At Duarenus *e* iustam sententiam legitimam exponit, quemadmodum iusta hæreditas pro legitima hæreditate *in d.l.3.§.de illo.5.pro socio.* accipitur. Tum quod ante Augustum nullus codicillorum vsus fuerit, qui postea moribus, non aliqua lege à populo Rom. lata, receptus sit. In qua interpretatione ipse acquiescit. Tum quod testamentum secundum regulas iuris, *l.4.infr.eod.* ac proinde verbis legitimis solenniter cõficiatur: quum in codicillis nihil legitimum *f* existat. *Cuiac.in l.1.hic.ibi Charond.in addit.Petr.Gregor.in syntagm.iur.part.3.lib.42.cap.2.num.7. Barnab.Brisson.de form.lib.7.per tot.maxime fol.656.§.porro.& fol.662.prope fin.*

e Iusta, id est, legẽ ciuili introducta & approbata. Loquitur Duaren. non de libertate testandi, quæ iuris gentium est, sed de eo testamẽtorũ iure, quod ciuium Romanorũ proprium est.

f Testamentorum apud Romanos certæ erant formulæ, certa verba. Certa inquam, id est, solennia, legitima, concepta verba, *Brisson. lib.1. de formulis.fol.119.§.quo in loco.* Ergo ad testamenta scribenda Iureconsulti adhibebantur, *l. Lucius Titius §.fin.infr.legat.2.* Ita Cicero *in 2.de orat.* Scæuolam irridet. Si nullum (ait) testamentum rite factum erit, nisi quod tu scripseris: omnes ad te ciues veniemus: omnium testamenta tu scribes vnus.

1. Fiebant autem institutiones verbis directis & imperatiuis, puta, Titius mihi hæres esto: Titius mihi hæres sit. Et vsque adeo morosi erant veteres, vt & illa verba (hæredem instituo, hæredem facio) plerisque improbarentur. Eam verborum superstitionem, illas formulas sustulit Constantinus, *l.quoniam.C. de testamen.* quem propterea laudat Euseb.15. vide quæ dixi *d.l.quoniam.*

2. Directa, ciuilia seu legitima verba, latina duntaxat lingua scribebantur: legatum sic Græce scriptũ non valebat. At in codicillis & fideicommissis nil tale curamus. Quocunque enim sermone relinqui possunt, *l fideicommissa.infr.legat.3.* Et Codicilli nullam solennitatem, id est, testamentariam desiderant, *Brisson.lib.7 forens.fol.657.vers porro qua linguæ.* Hodie sublatis formulis etiam Græca lingua testamenta conficiuntur, *l. hac consultiss §.fin.C.eod.tit.*

Verum *g* quum perquam solennis, aut secundum leges testamentarias solenniter ordinata, aut κατ' ἐξοχὴν, id est, alio modo quam codicilli perfecta voluntas, nihil differant. Hinc ergo fit, vt omnes hæ diuersorum interpretum expositiones inter se effectu ipso conueniant.

g Tres ergo sunt expositiones à DD. nostris elimatæ atque perpolitæ.
1. Accurs. sentẽt. maxime declarauit Alc.
2. Bartoli expositionem ii, quos adduxi.
3. Duareni sententiam Cuiac. Hæ enim sententiæ simpliciter acceptæ, defendi non possunt.

Porro id, *h* de quo quærimus, nominis in Modestini nostri definitione latius, in Vlpiani autem illa altera strictius vsurpari constat: vt quod hic iustam contestationem solenniter factam dixit, ille simpliciter iustam voluntatem appellarit. *i*

h Est ὁμωνυμίας fallacia in obiectione. In definitione Modestini quocunque modo vocabulum acceperis, expedita res est. At in Vlpiani definitione dicitur testamentum iusta, id est, perfecta contestatio, quæ tamen non perfecta modo, sed solenniter confecta sit.

i Supra recitaui obiectionem de testamentis non iustis, id est, non solennibus, quibus hæc definitio congruere non videtur. Id vero fatendum. Neque enim Iureconsultus testamentum non iustum, sed solenne definiuit. Vox testamenti capitur in genere, ita complectitur omne testamentum, & omnem vltimam voluntatem. Deinde in specie, ita est solennis voluntas cum hæredis institutione.

13 Et ratione quidem formæ atq; perfectionis testamentum dicitur indiuiduum, *k gloss.in l.furiosum.9.ibi Cyn.Bart.Bald.num.1.Castr.nu.2.Ias.nu.11.C.qui testam.fac.poss.Bald.in l.si is qui.infr.hoc tit.Ias.in l.1.§ sed si mihi.num.6.infr.verb.obligat.Hotoman.cons.9.num.7.*

k Forma dat esse rei. Ipsum autem cuiusque rei esse in suo genere perfectum, magis & minus non admittit. Formæ ergo nil addi aut detrahi potest. Porro cui nil addi aut detrahi potest, id indiuiduum est. Et quemadmodum hæc ita sese habent in rebus naturalibus: ita idem in actibus ciuilibus est. 1. puta, septem testes exiguntur. Ergo tantum duos, tres, quatuor, quinque, sex adhiberi non sufficit. 2. Hæredis institutio necessaria est. Ergo omitti non potest. Idemque de aliis est, quæ pro forma requiruntur.

14 Atque hinc infertur I. Testamentum pro parte agnosci, & pro parte repudiari non posse, *l.ius nostrum.7.infr.regul.iur. l.quidam.20.C.iure deliberan.Hotoman.d.cons.9.num.7.*

15 II. Hinc infertur, quum in indiuiduis factum non videatur, quod perfectum *l* non est: *Alciat.in l soluendo.n.4.infr.verb significat. Dominic.Magdalen.in tract.de numero testium in testamen.requis.part.1.cap.16.nu.261. Man-*

l Duobus modis testamenta imperfecta sunt. 1. ratione solennitatum, si testamento aliquid de substantialibus desit. 2. ratione voluntatis, si antequam testator voluntatem pro explicata habeat, decesserit.

tica lib.2.tit.4.nu.4. testamentum ratione solennitatis imperfectum pro iusta voluntatis nostræ sententia minime habendum, *Bald.in l.si is qui. hoc tit: Hotoman.cons.36.num.18. Cuiac.l. ex ea scriptura infr. eod.* Nemo enim cauere potest, ne leges in suo testamento locum non habeant, *l.4.hoc tit. l.nemo. 58. vbi omnes DD. ordinarie. infr. legat. 1.*

III. Hinc infertur, quemadmodum formæ testamentorum nihil detrahi potest: ita ei etiam nihil addi posse, *Tiraquel. de vtroque retract. part. 1.§.1.gloss.21.num.11.& part.2.§.4.gloss.6.num.31.* Ergo quum superabundans cautela non noceat: *l. testamentum.17.C.testam.* haudquaquam attenditur testatoris voluntas, qui plures solennitates, quam de iure requiruntur, testamento suo adhibere voluit. Testamenti enim *m* complementum & consummatio quo ad solennia, non ex testatoris intentione pendet: verum ex iuris regula æstimanda est, *d.l.4. hoc tit.* Itaq; modo ea solennitas adhibita fuerit, quam lex præscribit, etiamsi testator maiorem & non necessariam adhibere statuerit, nihilominus testamentum ipso iure pro completo & perfecto habebitur, *n l.hæredes.21.in princip.hoc tit.l.cum tabulæ. o 7.infr.de bon.possess.secund.tab. DD. in d.l.nemo. ibi Ias. in repet. num.15. Bologn. num.36.58. & 65. Alciat.nu.12.13. Boer.decis.140.num.6. Hotoman.cons.54.nu.6. Vasq.de success.creat.lib.2.§.14.nu.111.* 16

m Adde quæ dico *infr. ad l. hæredes palam. §.1. declarat.* 7. Aliud si nullas solennitates testator adhibere, sed ex suo sensu testari velit. Nam tunc ea obtinent, quæ *infr.de testamento Caci fallentia.2. versi.sublimita hanc limitationem. n. 239. & ad leg.testandi fallentia 2. in apostilla C.eod.* dicta sunt.

n Ibi text. dixit: in testamento nuncupatiuo hæredem nominandum, vt testes exaudiant. Sed quid si aliquis plures testes adhibeat, & omnes non exaudiant? Respondet Iureconsultus, satis esse, si solennis numerus testium audiat. Ibi ergo regula est, Quod satis sit in testamento iuris solennia interuenire.

o Ibi text. dixit: si testamentum pluribus signis signetur, & de aliquibus non constet, quod sufficiat septem testium signa apparere.

Aliqui existimant, totum testamentum hoc casu concidere, eam ob causam, quod formæ neque addi, neque detrahi possit: Sed falluntur. Verum est, formæ neque addi, neq; detrahi posse: sed non idem detractionis & adiectionis effectus est. Si formæ detrahitur, actus nullus est, deficiente forma. Si additur formæ, actus haudquaquam nullus est. Ratio diuersitatis est: Quia forma integra seruata est: & cautela superabundans non nocet. Quomodo ergo intelligimus, formæ nil addi posse? Respondeo, formæ nil addi potest, vt scilicet alia actus forma inducatur: Quia iura publica priuatorum pactis non mutantur. Non est in potestate testatoris, vt ipse, pluribus solennibus adhibitis, nouam formam testamento induat. Sed quid si clarissime liqueat, hanc certam & enixam testatoris voluntatem fuisse, quod testamentum aliter perfectum haberi nollet, quam per scripturam à notario confectam? vide quæ dixi *infr. n. 408.*

Ergo si aliquis inter liberos, *p* vel ad pias causas testatus sit, licet postea Notarium & plures testes vocari iusserit, vt de illa sua voluntate Notarius scripturam conficeret: testamentum vtique valet, vtcunq; testator, antequam Notarius adueniat, moriatur: quum ratione voluntatis perfectum sit: & superabundans cautela, qua testator maiorem solennitatẽ testamento inter liberos, vel ad pias causas adhibere volebat, quam iure necessaria sit, testamento perfecto nihil officiat. Et hanc sententiam veram *q* & communem perhibent, *Alex.l.hac consultissima § ex imperfecto.nu.4.C. de testam. Aretin.l.si quis testamentum.hoc tit. Boer.decis.93.nu.4.& decis.240.n.4. Tiraq.* 17

p Hæc decisio vera, si cõstet testatorem voluntatem suam habuisse pro completa. Aliud si de contraria voluntate constet, quod explicatur inf. in quinto requisito testamenti, circa materiam solennitatis, *n.407. cum seqq.*

q I. *per leg. 4.infr.eod. leg. nemo. de legat.1.* vbi regula: quod testamentorum consummatio ex iuris regulis, non à voluntate testatoris petenda sit.

II. Ex decisionibus in terminis, puta, ex *dict. leg. hæredes. in princip. hoc tit. dict. leg. cum tabulæ. infr. de bon. possess. secund. tabul.* vbi plures testes adhibiti, aut plura signacula adhibita non nocent, etiamsi omnes testes testatorem non audierint, neque omnia signa compareant. Satis enim est, si sufficiens numerus audiat: si septem signa appareant.

III. Ex vulgari regula: Quod superabundans cautela non noceat: *dict. l.testamentum. Cod. de testament.* Porro de hac quæstione, testamenti perfectionem concernente, vide quæ *num. 408. infr.* plenius dicta sunt, quo lectorem remissum volo.

Tiraq. de priuileg. piæ causæ. priuil. 6. Vasqu. de success. creat. §. 22. num. 6. vers. quid dicendum. & de success. progress. §. 30. num. 44. Mynsing. obseru. 28. in fin. cent. 5. Andr. Gail. obser. pract. lib. 2. obseruat. 112. num. 12. Ludou. Zunt. in responso pro vxore. nu. 12. & nu. 263. vsq. 434. vbi per quatuor casus latissime testamenti perfectione differit, casum hunc nostrum *ibi num. 291.* attingens: *Gabr. Roman. lib. 4. commun. conclus. tit. de testamen. conclus. 9. num. 8. Grass. libr. recep. sentent.* §. *testamentum. quæst. 12. num. 6.* idemque dicit *Hotoman. d. cons. 54. nu. 6. & cons. 55. cons. 56.*

Contrarium tamen defendunt post alios *Clar. lib. 3. recept. senten.* §. *testamentum. quæst. 7. num. 3. Dominic. de Magdalen. in tract. de numero testium in testam. requis. part. 1. cap. 16. num. 260. vsque ad fin. & part. 2. cap. 5. num. 8. cum seqq. maxime num. 15.* vbi distinguit *Mascar. de probat. lib. 3. conclus. 1352. num. 75. cum seqq. Menoch. de præsump. lib. 4. tom. 1. præsumpt. 5. num. 6.*

IV. Hinc infertur: quum aliud testamentum, & aliud inceptio testamenti sit: *Hotoman. cons. 36. nu. 13.* testamentum ratione voluntatis imperfectum, quod scilicet testator pro completo & absoluto nondum habuit. *r Boer. decis. 240. nu. 5.* neq; inter liberos, *s* neq; ad piam causam valere: puta, testator incipit facere testamentum, & piam causam instituit: deinde ad alias testamenti sui dispositiones processit, & antequam illud compleuisset, morte præuentus est. Constat ejusmodi dispositionem in totum concidere. Ambulatoria enim hominis voluntas est, & experientia testatur, eos, qui testamenta conficiunt, in ipso confectionis actu mutare, addere, reuocare, declarare. Merito ergo eam voluntatem negligimus, quam ipse testator pro perfecta nondum habuit. Et hæc sententia non modo verior: *l. si is qui.* t *25.* vbi *Aret.* hanc communem dicit, *& l. ex hac scriptura. 29. hoc tit. l. furiosum. 9. C. qui testam. fac. poss.* Verum etiam receptior est, vt patet ex ample traditis *per Boer. decis. 240. num. 5. Iul. Clar. lib. 3. recept. senten.* §. *testamentum. quæst. 7. num. 4. & qu. 9. Vasqu. de successs. creat.* §. *22. num. 6. Mynsing. obseruat. 28. cent. 5 Gail. obseruat. pract. lib. 2. obs. 112. num. 10. Hotoman. cons. 39. num. 16. 17. 18. Grass. d.* §. *testamentum. qu. 19.* quamuis contrarium senserit *Bart. l.* u *in testamento. 38. per ill. text. infr. fideicommiss. libert. Abb. c. 1. num. 2. extr. success. ab intest. Dec. cons. 159. Tiraqu. de priuil. piæ causæ. priuil. 7. Couarru. c. relatum. 11. num. 10. extr. eod. tit.* Pro qua sententia etiam adfertur, *l. fin.* x *C. famil. hercisc.*

r Quādo diffusum est testatoris patrimoniū, sæpe multi dies abeunt, antequam testamētum compleatur. Porro cum testamentum vno actu faciēdum sit: testamenta talia recipiunt suam perfectionem à simultanea conclusione. Ita in testamento cæci requiritur, vt cæcus voluntatem suam proponat, & deinde testamentum fiat, idque coram cæco & testib. recitetur. Sed quid si testator ante conclusionē factam, qua omnia repetantur, & ante recitationem talis chartæ moriatur? vide *Castrens. in l. hac consultissima. vers. At cum humana. num. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8.* & nota illum locum. *ibi Alex. num. 6. Ias. num. 10. Vasq. de success. creat. lib. 2.* §. *14. num. 42. cum seq.* Et adde, quod dico infra requisito 1. illatione 10. circa testamentum cæci post nonum requisitum, *num. 234. & n. 404. cum mult. seqq.* Vide eundem Vasquium *d. lib. 2.* §. *17. nu. 103. vsq. ad fin.* vbi de partibus testamenti differit, & hanc sententiam, quod ad testamentum perfectio requiratur, *ad fin. 130. 131. 132. 133.* viginti & vno modis declarat.

s Vide *Mascard. lib. 3. de probat. conclus. 1352. num. 74 cum seqq.* & adde quæ infra dico, circa requisitum testamenti quintum. vbi explicaui, quid DD. de recitatione testamenti sentiant.

t Vbi regula est, & in seqq. text. Quod alind sit incœptio testamenti, aliud testamentum.

u In testamento, quod perfectum non erat, alumnæ suæ libertatem & fideicommissa dedit testator.

Filii etsi alumnæ libertatem dedissent, tamen omnia, vt ab intestato egerunt: id est, ita sese gesserunt, ac si testamentum factum non esset.

Quæritur ibi, an filii iure dederint libertatem, & an ad fideicommissum teneantur?

Dicit IC. Paulus, pronūciasse Imperatorem, quod recte essent manumissa, & ei fideicōmissa præstanda. Hic est casus.

I. Præsupponit Bart. libertatem & fideicommissum non esse repetita ab intestato.

II. Ita infert. 1. ibi est testamentum imperfectum. 2. ibi dispositio ad pias causas, libertas, & fideicōmissum alumnæ relictum. Ergo testamentum ratione voluntatis imperfectum ad pias caus s valet.

x Ibi textus apertus, quod testamentum imperfectum inter liberos teneat.

18 Sed obseruandum, hos textus de testamentis iure imperfectis loqui. Idque docuere *gloss. in d. l. fin. verb. neque impletum. gl. d. l. in testamento. verb. non erat.* Appellatione enim testamenti imperfecti inter liberos subsistentis, testamentum iure, id est, ratione solennitatis imperfectum accipimus,

vt omnes maximo consensu docuere *in l. hac consultissima. §. ex imperfecto. C. eod. Vasq. de success. resol. lib. 1. §. 1. nu. 35. & eod. tit. lib. 3. ad l. si mater. nu. 16. Zunt. in responso pro vxore. nu. 46. 47. Gail d. obser. 112. nu. 1. & 26.* Deinde constat iure ciuili ex testamento ratione solennitatis imperfecto libertates non deberi, *l. 2. l. si iure. 11. C. de testam. l. 1. C. fideicom. libert.* Vt proinde multo minus ex eo, quod ratione voluntatis imperfectũ est, debeantur. Ergo si in textu *d. l. in testamento.* libertatẽ & fideicommissum ab intestato non repetiit testator, vt *gl. fin. ibi ad fin.* sensit, casum illius legis omnino specialẽ esse constat, quod voluit *gl. d. l. si iure.* & latius defendit *Cuiac. in l. ex ea scriptura. inf. hoc tit.*

Hæc illatio duobus textibus impugnatur: I. adducitur in contrarium textus *l. fin. C. famil. hercis.* qui disertis verbis probare videtur, testamentum ratione voluntatis imperfectum inter liberos valere. Sed respondet *gl. ibi. verb. neque impletum.* testamentum ibi dici imperfectum ratione solennitatis, quod vtique inter liberos valet, *l. hac consultiss. §. ex imperfecto. C. testam.* Appellatione enim testamenti imperfecti, quod inter liberos viribus subsistit, testamentum ratione solennitatis imperfectum accipimus. Ita omnes maximo consensu docuere *in d. §. ex imperfecto.* & videbimus suo loco *Vasqu. de success. resolut. lib. 1. §. 1. num. 35. & eod. tit. lib. 3. ad l. si mater. num. 16. Zunt. in responso pro vxore. nu. 46. 47. Gail. d. obseru. 112. num. 1. 2. 6.*

II. Secundo opponitur huic decisioni pulcherrimus textus, quo Bartol. mouetur *in d. l. in testamento. 38. infr. fideicom. libert.* vbi deciditur, ex testamento deberi fideicommissariam libertatem, & fideicommissa præstanda alumnæ. Et *Tiraquel. loco præcit.* illum textum inducit, ponderando particulam debuisse, quam dixit esse necessitatis.

Sed respondeo, textum illum ius prorsus singulare continere, vt recte sentit *Cuiac. in l. ex ea scriptura. infr. tit. nost.* Addite pro pleniori intellectu *Alphanum in report. n. 363.* Estq; illius legis sensus inter liberos testamentum imperfectum valere, quo ad portiones eis adscriptas: legata tamen ex eo & fideicommissa non deberi, nisi propinquis, vel vxori, vel alumno. Si textus ille regularem iuris doctrinam, non casum specialem proponeret, sequeretur ex testamento inter liberos imperfecto etiam fideicommissa & legata tertiis deberi, quod iure ff. & C. est falsum. Talia enim non debentur, nisi ea concurrant, quæ ad eas dispositiones iure necessaria sunt, vt volente DEO, circa materiam testamenti paterni videbitur. Vide etiam, quæ hac de re infra in materia testium, ad regulam, quod 7. testes in testamento necessarii sint, limitatione octaua, & circa textuum expositionem ad *l. non dubium. C. eod. tit.* annotata reperies.

Addit postea definitioni suæ Modestinus, quod sit sententia iusta voluntatis nostræ.z Quibus verbis cum materia ex qua, tum causa testamentorum efficiens exponitur. 19

z Volũtatis nostræ, id est, (1) nõ alienæ, (2) non coactæ, vt quidam exponunt, (3) sobriæ & compositæ. *Roland. de testamen. rubr. 3. nu. 1. & seqq.* Addit Duarenus (4) his verbis emphasin inesse: & voluntatis nostræ sententia, id intelligi, quod sentimus nos, qui sumus ciues Romani. Denique (5) *iuxta Angel. Aretin. in tract. de testamen. in princ. nu. 1.* hæc verba ita intellige, quod testamentum sit sententia voluntatis nostræ, id est, dispositiuæ, non enunciatiuæ, *l. verba. 6. C. eod tit. adde Sebast. Medic. in definit. 76.*

Voluntas enim testatoris, materia testamenti est, de qua *Bald. in leg. 1. hic. num. ibi Castr.* a Quod verum de voluntate explicata *Bolognet. ad rubr. num. 4. infr. de liber. & postum. Idem in l. nemo. num. 4. vers. substantialia. infr. legat. 1.*

a Volũtas est & causa efficiens, & materialis, quatenus scilicet est explicata. Idem dicendũ in cõsensu: Consensus est efficiens contractuum & materia. Materia est consensus explicatus. DD. hic disputant, Vtrum testamentum aliquid sit incorporale, an non? Respondeo, testamentum capitur aut pro voluntate, & est incorporale: aut pro voluntate, charta cõprehensa, seu pro instrumento testamẽti, & habet materiam ex qua, *vide l. vnic. 24. infr. eod.*

Testamentorũ a. efficiens causa est ipse testator, seu voluntas testatoris, eaq; naturaliter & ciuiliter ad testamenti factionẽ habilis: Quum omnium actuum humanorum duo principia sint, voluntas atq; potestas, quorum concursu omnia fiunt, vt altero deficiente, nihil fit, *l. multum interest. 6. Cod. si quis alteri vel sibi. Panormitan. & Felin. cap. cum super. de offic. deleg. Carol. Molin. ad leg. 1. §. si quis ita. num. 34. infr. verbor. obligat.*

Ergo

Ergo in teſtatore requiritur, vt non modo intelligat, quid agat: eoque ſanæ mentis & pubes ſit: *l.2. & l.qua ætate. 5. hoc tit. l. humanitatis. 9. Cod.impub. & aliis ſubſtitut.* Verum etiam teſtamenti factionem actiuam habeat. Reperiuntur enim aliqui, qui ſecundum naturam habent poteſtatem teſtandi, vt ſunt omnes homines puberes & ſanæ mentis: ſed factionem teſtamenti actiuam iure ciuili non habent, vt eſt ſeruus, filiusfamilias, deportatus, obſes, captus ab hoſtibus, & ſimiles, *l. 4. l.qui in poteſtate. 6. l.eius qui 8.l.obſides. 11. l.filiusfamil.16. hoc tit. enim Bologn. ad rubr. nu.3. infr. liber. & poſtum. Idem ad l nemo.nu. 4.infr. legat.1.*

Porro ex præcitatis verbis definitionis infertur. *b* I. ad materiam titulorum ff. & C. *ſi quis aliqu. teſtar. prohib. vel coeg.* Quum enim teſtamentum ſit ſententia voluntatis noſtræ: Hinc ergo ſequitur illi, qui hæreditatem ex teſtamento captat, & teſtamentum aliud fieri prohibuit, hæreditatem tanquam indigno auferri, & ablatam fiſco applicari, *c* *l. 1. in princip. infr. ſi quis aliqu. teſtar. prohib.*

b Illationes hæ deducuntur ex verbis voluntatis noſtræ. Si enim teſtamentum fecerim iuſtũ, id volũtas mea eſt, antequam reuocẽ illud, licet reuocare volens impeditus fuero. Ita teſtamentum quod coactus facio, eſt voluntas mea.

c Aliquis fecit teſtamentum, me hærede ſcripto, poſtea teſtamentum mutare vult. Et quum vocaſſet Notarios atque teſtes, ego prohibui, ne vocarentur, aut obſtiti, ne ad teſtatorem venire poſſent. Certe mihi aufertur hæreditas. Valet ergo prius teſtamentum: quum legitime ſublatum non ſit. Sed mihi aufertur hæreditas tanquam indigno.

Idemque eſt, *d* ſi quis aliquem teſtari coegerit.

d Puta, vt hæreditas auferatur tanquam indigno. Valet ergo talis diſpoſitio, valet teſtamentum, coacta voluntas hic eſt voluntas. Sed hæreditas indigno aufertur.

Nam etſi leges ff. in omnibus caſibus de eo, qui aliquem teſtari prohibuit, loquantur: is tamen titulus *e* ſatis indicat, quæ ſub eo dicuntur de prohibente, porrigenda ad illum eſſe, qui coegit. Idemque probat *l. 1.* f *C. eod.* Æquiparat enim caſum coactionis caſui prohibitionis, dum adiungit crimen ciuili diſceptationi, ſi teſtator compulſus, teſtamentum condidit. Ciuilis autẽ diſceptatio (qua ſcilicet hæreditas vt ab indigno auferebatur, & fiſco locus fiebat) ante illam ſanctionem vigebat, quando aliquis prohibebat teſtari, vel iam conditum teſtamentum reuocari impediebat, *vt l.1. & 2. infr. eod.*

e Rubrica eſt cõcepta de vtroque capite.

f Inductio *l. 1. C. ſi quis aliq. teſt. prob.* eſt apud Imol. *ad l. 1. hoc tit.* quem refert *Menoch. de arbit. iud. lib. 2. cent. 4. caſu 395. num. 7.*

Quo pacto probetur, aliquem teſtari fuiſſe prohibitum, docet Maſcar. *libr. 3. de probat. concluſ. 1355. per tot.*

Quod caſus duo coactionis & prohibitionis iure parificentur, id apparet ex Rubricis *ff. & C.* vbi hæc coniunguntur. Et quidem in *ff. & C.* hi tituli coniunguntur cum titulis ad SC. Syllanianum. In tit. *ff. & C.* Ad SC. Syllan. & his quibus vt indignis: tractatur de hæreditate, quæ vt indigno aufertur. Illum titulum *in ff.* proxime ſequitur tit. ſi quis aliquem teſtari prohib. vel coeger. Perſiſtit enim continuando Imperator in cognatarum materiarum expoſitione. In C. titulus, ſi quis aliquem teſtar. prohib. procedit, ſequitur alter. Non certe conſentaneum eſt, quod in C. & ff. diſſentaneæ materiæ copulatæ ſint.

Deinde idem clare probatur *in l.1. C eod.* ibi Imperator in caſu coactionis ciuilem & criminalem diſceptationem concurrere dicit. Quid eſt criminalis diſceptatio? Hoc nimirum Imperat. vult: eum, qui aliquem teſtari cogit, criminaliter & arbitrarie puniri: quum legibus hæc pœna definita non ſit. Quid eſt ciuilis diſceptatio? Reſpondeo, Pœna ciuilis conſtituitur ab Adriano Imp. de qua *in l.1. in prin. ff. eod.* Vnde intelligimus, non modo in caſu impedimenti præſtiti, ſed etiam in caſu coactionis, hæreditatem vt digno auferri, & fiſco applicari.

Cui porro conſequens eſt, *g* vt eiuſmodi teſtamentum ſubſiſtat: licet teſtari cogens ſucceſſionis lucro vt indignus priuetur, & fiſco locus ſit: *Bart. in l. fin. infr. ſi quis aliqu. teſt. prohib. ibi Duaren. ad rubr. 2. part. & Cuiac. in paratit. Bald. in l.1. num. 6. Cod. eod. Venatorius in enarratione methodica Codicis, Guilhel. Benedict. in repet. c. Reynutius. verb. condidit. el 2. num. 4. extr. teſtament.*

g Priuatio præſupponit habitum. Si hæreditas aufertur illi, qui teſtatorem coegit, ſequitur, vt teſtamentum viribus ſubſtiterit.

Iul.

Iul. Clar. lib. 5. recept. sent. §. fin. quæst. 79. nu. 9. plures in id adducit Vasqu. de success. creat. lib. 2 §. 17. requisito 22. nu. 4. quibus addatur Cuiac. consult. 32. in fin. & Menoch. de arbitr. iud. lib. 2. cent. 4. casu 395. num. 5. 6. & 7.

Verum ab hac opinione, omnium DD. calculo communiter recepta, Imola *l. qui testamento. ad fin. num. 13. infr. eod.* & Iason male dissentiunt *in d. l. 1. num. 3. C. si quis aliqu. testar. prohib.* cuius opinionem tuetur *Vasq. loco præcitato.* eamque & verissimam, & vsq; adeo veram perhibet, vt contraria deridenda esse videatur.

Hæc sunt aliquantum excutienda. Si quis aliquem testari cogat, in quæstionem venit: Vtrum testamentum nullum, vel validum sit?

Vtilitas huius quæstionis hæc est: si testamentum est nullum, tum nihil acquiritur illi, qui testatorem coegit. Si nihil illi acquiritur, fiscus illi nihil auferre potest. Cui porro consequens est, vt hæreditas hoc casu ad illos pertineat, qui alias erant ab intestato successuri: & hoc Iason atque Vasquius defendunt.

Econtra, si eiusmodi testamentum viribus subsistit, sequitur, vt hæreditas illi, qui testatorem coegit, acquiratur: à quo tanquam ab indigno eam fiscus aufert. Et per consequens, qui ab intestato successuri erant, excluduntur.

Et sic apparet, vsum huius disputationis hunc esse: Vtrum hæreditas talis, quæ certe apud illum, qui testatorem coegit, manere non potest, ad fiscum, vel ad hæredes legitimos pertineat. Hic primo obseruandum, quis sit vsus huius disputationis.

Secundo hoc quoque considerandum: quomodo Iason & Vasquius communis opinionis fundamenta eludant. Illorum sententia est, titulos duos C. & ff. de duobus casibus loqui: 1. de eo, qui testari prohibet: 2. de eo, qui testari aliquem cogit. De priori nulla quæstio est, sed de posteriori.

Iam inquit Iason, Illi, qui testamentum per coactionem factum validum esse, & proinde hæreditatem ad fiscum pertinere, existimant, nullum textum habent, qui illorum sententiam probet. Nam omnes leges in toto *tit. ff.* tantum loquuntur in prohibente. Addit Vasquius loco præcitato, DD. communiter vnicum suum fundamentum facere *in l. 1. inf. si quis aliqu. test. proh.* Ita enim est legendum in Vasquio: exemplar meum est corruptum, pro *l. 1. ff. ponitur ibi l. 1.* C.

At illa lex, inquit Iason, non loquitur in coactione, sed in impedimento, vbi hæreditas delata fuerit, intelligit casum *l. 1. ff. eod.* Et Vasquius porro diuersitatis quandam rationem inter casum impedimenti præstiti & coactionis comminiscitur, quam apud eum videbitis.

Verum iam auditum est, quæ DD. communiter fundamenta habeant, 1. ex titulis duobus, 2. ex coniunctione titulorum, 3. ex *l. 1. C. eod.* quem textum Ias. & Vasqu. non intellexerunt. Nam si eum intellexissent, communem DD. sententiam non impugnassent.

Tertio paucis obseruandum, vbi dilutiones fundamentorum Iasonis & Vasquii requirendæ sint.

Iasonis argumenta sunt hæc:

I. Metus vitiat matrimonium: Ergo idem in testamento. Addit Vasquius rationem consequentiæ: quia à pari procedunt, per *l. stipulatio hoc h modo. 61. iuncta l. Titia. in princ.*

h Hisce textibus plus non probatur, quam quod pacta libertatis testamentorum aut matrimoniorum constrictiua, non teneant. Loquuntur ergo in eiusmodi terminis, vbi contra eiusmodi pacta factum est. At non negant matrimonia ita contracta tenere: modo metus talis non fuerit, qui in constantem virum cadere potuit, *Ias. in d. l. Titia. nu. 4.*

Quod si eiusmodi metus adhibitus fuerit in contractu matrimoniali, qui in constantem virum cadit, is nullius momenti erit, *cap. ex literis. ibi Abb. de sponsalib. impub. cap. cum locum. cap. veniens. cap. consultationi. de sponsalib. Ias. in dict. leg: Titia. num. 6. & 8. idem in § quadrupli. numer. 62. Institut. action. Couarru. in tractat. de sponsalib. 2. part cap. 3. numer. 6.* At in testamento eiusmodi iura non habemus: quare regulæ innitimur: quod coacta voluntas, voluntas sit.

Regulariter enim per metum gesta tenent, *l. si mulier. 21. §. si metu. supr. quod metus causa. Dec. l. velle non creditur. infr. R. I. Neq; contrarium dicit l. 1. C. SS. Ecclesi. de cuius sententia disputaui infr. num. 112. & num. 354.*

Neque ad rem facit, quod quis spe præmii ad matrimonium inuitari possit, ad hæredis institutionem faciendam ita inuitari non possit. Nam hoc in delictum incidit, id est, in captatoriam dispositionem, *vt infr. num. 23. cum seqq.* Illud nequaquam. Ergo *ex d. l. illa autem. & l. Titia.* hæc consequentia non bene deducitur, quod maior libertas in testamento, quam in matrimonio exigatur.

in princ.134.inf.verb.obligat. Imo maior libertas in testamento requiritur, quam in matrimonio, cum ad matrimonium quis spe præmii inuitari possit, quod in testamento non admittitur, *l.illa autem.§.1.ibi B.infr.de hæred.inst.iuncta l.Titio.70.§.1.infr.cond. & demonstr. Dec.l.fin.num.26.C.pact.*

Ita argumentum, *ex d.l qui testamento.* depromptũ, nullius momenti est. Testator debet rogare nõ cogere testes: Quod si coacti sint, testamentum vtpote forma non seruata concidit: Estque quod hoc nomine testatori imputari possit. At si testator cogatur, longe alia ratio est: vt proinde hoc argumentum non à maiori, sed à diuersis sit. Adde quæ dixi *infr.nu.418.* & *ad d.l.qui testamento.in fin.* Cætera minus difficultatis habent.

II. Metus adhibitus testibus annullat totum testamentum: *l.qui testam.20 ff.testam.* Ergo multo magis si adhibeatur testatori ipsi. Idem argumentum habet Imol. *l.qui testamen.in fin.num.13.infr.eod.*

III. Addit tertio Vasquius: In testamentis liberum stylum & liberam voluntatem requiri, *l.1.C SS.Eccles.*

IV. Testamentum esse voluntatis nostræ sententiam: Sed coactam voluntatem non esse testatoris, sed alterius voluntatem, *Medices definit.76.num.2.3.4.*

V. Testamentum imperfectum ratione voluntatis non valere, ne inter liberos quidem. Ergo multo minus illud valere, vbi tota voluntas deficit.

Ad hæc argumenta respondit *Aretin.in l.1.h.tit.n.* vti eum refert *Menoch.dict.casu 395.num.7.*

Ego sexto argumentor pro Iasone hunc in modum: Captatoria dispositio nulla est, vt infra suo loco deducetur.

Sed coacta dispositio est captatoria, videatur *Andr.Gail.pract.obseru.libr.2.obseru.117.num.5.*

Ergo talis dispositio est nulla.

Respondeo tribus verbis cum Duareno ad *d.tit.ff.si quis aliqu.testam.probib.part.2.* hanc dubitationem profectam ex magna ignorantia DD. qui non intellexere quid captatoria voluntas esset. Nego ergo simpliciter Minorem quod coacta dispositio captatoria sit. Paulo post de hac re sufficienter differemus.

21 Idemq; est, quando quis cogit testatorem, vt alterum hæredem instituat. Nam & ab hoc tertio, siue ille sciuerit atq; probarit coactionem, siue non, secundum Dd. hæreditas aufertur, atq; fisco applicatur. Ita sensit *gl. ad rubr.infr.si quis aliq.testar.probib.* Quia vbi dolus alterius est causa immediata *i* acquisitionis, tum nocet ei, cui acquisitum est, *l.si procurator.* k *11.supra doli except. l.1.§.si quis. & §.si filiusfam.infr.vi & vi arma l.1.* m *C si quis aliq.testar.probib.* Hanc tenuit *Dyn. & Pet. quos refert & sequitur Cyn. ad rubr. C.eod. Bart. ad rubr. ibi Duaren.part.2. & eod.loco Bart.ad l.fin.infr.eodem. Guilhel.Bened.in d.c.Raynutius.verb.condidit el 2.nu.8. Petr.Gregor.in syntagm.iur. part.3.lib.42.cap.2.nu.5.plures adducit Menoch.de arbit.iud.d.casu 395.* Et hanc sententiam veram *Bart.d.rubr.ibi Bald.in l.1.§.si dominus.infr.eod. Bald.in l.1.nu.6.C.eod.* & communiter, *Castr.d.l.1.C.eod.* imo ab omnibus approbatam dicunt *Bart.in d.l.fin.nu.7.infr.eod. Bald.d.l.1.nu 9.C eod.*

i Aliud si nõ sit causa immediata, *Paris.cons.67.n.65.lib.3.vt clare probat l.metum.9.§ sed licet.sup.quod met.caus.*

k Dolus procuratoris domino nocet.

l Vbi interdictum vtile datur in dominum & patrẽ de eo, quod ad eos peruenit ex dolo serui, vel filii.

m Ibi æquiparãtur casus, vtrum quis cogẽtẽ, an tertium hæredem scripserit.

Contrariam tamen opinionem defendit Vgolinus, *n* vt apparet ex *gloss.leg.2.verbo, remoueri.prope finem.Cod.eod. & Iason ibi.in leg.1.numer.3.* cuius sententiæ fundamenta petenda sunt *ex gloss.dict.l.2. & ex traditis per Cyn.ad rubr.ibi.*

n Vgolinus ille floruit Bononiæ cum Bulgaro & primis iuris restauratorib. qui post Irnerium iura professi sunt.

Cæterum plenior horum duorum titulorum iuris declaratio habetur ex traditis *per DD. & maxime per Duaren.atq; Menoch.locis præcitatis.*

22 Si verum titulorum duorum ff. & C. *si quis aliq.testar probib.vel coeg.* sensum habere vultis, inspicite *Duarenum ad tit.ff.eod. & Menoch.de arbitr.iud.d.casu 395.* Ex illo theorica, ab hoc practica petenda est.

Cæterum ad quæstionem prædictam quod attinet, vtrum tertio etiam auferatur hæreditas, qui testatorem non coegit, *glos.in d.l.2.* quæstionem sabbatinam esse dixit. Fundamenta pleraq; vtriusque partis retulit *Cyn.ad rubr.C.eod.*

Distinxit Vgolinus, si testator coactus sit, tertio ille sciente & approbante, tum hæredi-

reditatem illi merito auferri: & hic casus nullum dubium habet, sed in eo omnes conueniunt: Aut coactio facta est, illo tertio nec sciente, neque volente: & hoc casu tenuit ille, coactionem huic non obesse, sed hæreditatem illum retinere posse.

Ego à communibus DD. sententiis non libenter recedo: sed Vgolini atque Iasonis sententiam de iure facillime contra communem opinionem defendi posse arbitror.

Primum fundamentum Vgolini fuit petitum ex *l. & eleganter 7. in princ. ff. dolo.* vbi regula est: Quod dolus tertii contractum non vitiet. At bonum est in iure à contractibus ad testamenta argumentum.

Respondent *Dyn. & alii*, textum *d. leg. & eleganter* tantum loqui in contractibus, non in testamentis, & argumentum à contractibus ad testamenta hic non procedere, propter euidentem rationem diuersitatis: quum testamenta debeant esse libera, sicut matrimonia.

Ego dico, hanc esse petitionem principii, id est, talem probationem, quæ ipsa quoque probationem desideret. Nam vel ex materia duorum titulorum *ff & C. si quis aliq. test. probib.* satis constat, etiam in materia testamentorum coactam voluntatem esse voluntatem: idque ex eo omnibus liquet, quod illi, qui testatorem coegit, hæreditas à fisco aufertur: Quod fieri non posset, si testamentum nullum esset. Quum ergo testamentum consistat, sequitur, vt hic coacta voluntas pro voluntate, & proinde Dyni responsio falsa sit.

Secundum fundamentum Vgolini est *in l. 1. §. 1. ad finem. ff. si quis aliqu. test. prohib.* ibi dolus prohibentis mutare testamentum non nocet tertio. Addatur *d. l. 1. §. fin. & l. 2. §. fratris. eod. tit.*

Tertio adduxit Vgolinus *l metum. 9. §. sed licet. ff. quod met. caus.* vbi occasione metus ab aliis tibi illati compendium ego facere possum. Sed recte respondent ad hoc fundamentum DD. quod metus tibi illatus non sit immediata causa acquisitionis, vt apparet ex textu, & simile thema tractat *Paris. cons. 67. num. 65. libr. 3.*

Fundamenta autem contrariæ sententiæ iam relata sunt.

I. Adducunt DD. communiter *l si procurator. ff. dol. except.* vbi dolus Procuratoris domino nocet.

Hic textus nihil pro communi facit: sed optime sententiam Vgolini probat. Neque enim ibi dicitur indistincte, dolum Procuratoris nocere domino: sed Iureconsultus distinctionem proponit, quæ communem sententiam fortiter conuellit. Distinguit Iureconsultus, vtrum his sit contestata, an non. Post litis contestationem dicit, dolum Procuratoris domino nocere, non ante: & sic ibi est regula: Dolum alterius alii non nocere. Nocet autem dolus Procuratoris domino post litem contestatam. Qua tum ille Procurator non est ad causam, quam tractat, alius quidam & tertius: sed est dominus litis factus. Et sic videtis, ibi euidenter probari sententiam Vgolini: quod dolus vnius alii non noceat. Ita etiam respondet *Cyn. ad rubric. C. eod.* quod hæc lex loquatur in dolo Procuratoris, non in dolo tertii.

II. Adducitur *l. 1. §. si quis. & §. si filiusfamilias. ff. vi & vi armata.*

Sed hæc iura non probant, dolum alterius alii nocere, quin potius totum contrarium.

Dolus filii & serui, patri & domino nocet, quatenus ad eos peruenit: quia patris & filii, domini & serui vna persona censetur. Concurrunt ergo ibi duo vincula: 1. fictio identitatis personarum: 2. Et quod pater & dominus lucrum senserant ex dolo filii & serui. Nos sumus in persona tertii, qui nec sciuit, neque approbauit contractum.

Et ne inter patrem quidem atque filium, dominum & seruum identitas personarum in hac materia consideratur, nisi domino aut patri lucrum quæratur. Ideo si dominus aliquem testamentum mutare prohibuit, seruo illius domini, cui legatum relictum erat ea conditione, vt alii restitueret illud, non aufertur, *d. l. 1. § si dominus. ff. si quis aliqu. test. probib.*

III. Tertio adducunt *l. 1. C. eod.* vbi in casu compulsionis non distinguitur, vtrum is, qui compulit, an tertius hæres scriptus fuerit.

Sed respondeo illum textum in suis terminis loqui, quando ciuilis & criminalis disceptatio concurrunt: id est, quando quærimus vel de eo, qui compulit, vel de eo,

cuius voluntate quis compulsus est. Nam in istis casibus, ciuilis & criminalis disceptatio concurrunt, non vbi tertius tale nihil sciuit, aut voluit. Ita respondet *Bald. ibi nu. 41.* reprehendens eos, qui hunc textum ad propositam quæstionem trahunt.

Vltra hæc fundamenta, IV. Duarenus adducit: quod voluntas testatoris hic deficiat, saltem libera voluntas: Et quamuis coacta voluntas, voluntas sit: tamen ratū non habere prætorem, quod gestum est vi vel metu: *l. 4. ff. quod met. caus.* sed rescindendum esse ex edicto prætoris: nec referre à quouis illata sit, vt rescindatur, quod gestum est, *l. metum. 9. §. sed licet. ff. quod met. caus.*

Ego respondeo, quid in hac materia de voluntate coacta sentiendum, ex prædictis patere. Si enim coacta voluntate gestum rescinderetur in materia testamentaria: nunquam hæreditas fisco applicaretur.

Cæterum textus *d. §. sed licet.* quem Duarenus adducit, nihil ad rem facit. Tum enim vis à tertio illata etiam alii nocet, qui contraxit, si is contrahens illam vim immiserit ei, cum quo contraxit: aliud si doli particeps non sit, vt clarissime textus dixit: & sic illa lex nihil ad rem facit.

Ex his videtis, quam anceps & periculosa hæc sit disceptatio.

23 Nec longe à coactione, dolosa persuasio in hac materia recedit.

Supr. *nu.* 20. communem DD. sententiam defendi, quod testamentum per compulsionem factum, ipso iure teneat. At huic communi opinioni, alia communis opponitur: quod testamentum per interrogationes elicitum, aut cum effectu valeat: aut si non valeat cum effectu, ipso iure nullum sit, vt *infr. nu.* 234. habetur. Respondeo, In testamento, de quo *infr. nu.* 234. substantialia testamenti ad interrogationem facti deficiunt: Testamentum ergo ipso iure nullum est. In testamento per compulsionem facto substantialia concurrunt: ergo hoc valet. Cum testamento autem per compulsionem facto, coniungendum erit testamentum, violentis persuasionibus & blanditiis dolosis elicitum, *Menoch. hic.* modo testamenti substantialia non deficiant, vt in testamento ad interrogationem facto interdum accidit.

Nam etsi blanditiis aliquem ad institutionem faciendam prouocare liceat: *l. fin. ibi Bart. Bald. & Castr. infr. si quis aliqu. test. prohib. l. fin. ibi DD. & Ias. num. 5. C. eod. ibi Bald. in l. 1. nu. 10. Alciat. lib. 2.* παρέργ. *cap. 31. Vasqu. de success. creat. libr. 2. §. 17. num. 13. cum seqq. Cephal. consil. 276. num. 41. Diaz reg. 789. vxori licitum. Gail. obseru. pract. lib. 2. obs. 117. num. 4.* Tamen aliud est, vbi ad blanditias minæ & verbera, vel violentæ persuasiones, dolus, & aliæ fraudulentæ machinationes accedunt, *l. 1. §. persuadere. supr. de seruo corrupto. Bart. in d. l. fi. inf. si quis aliq. test. prob. Ias. in d. l. fin. nu. 5. C. eod. ibi Bald. in l. 1. nu. 16. & 20. Guil. Benedict. d. verb. condidit. el 2. nu. 26. Dec. cons. 489. nu. 2. & 9. Marian. Socin. iun. cons. 32. nu. 5. lib. 4.* [redacted] *notanter cons. 31. nu. 7. & 8. Couarru. c. cum tibi. nu. 4. extr. eod. Schurff. cons. 49. num. 9. cent. 2. Tiber. Decian. cons. 65. nu. 6. 7. 14. 15. 16. lib. 2. & cons. 70. nu. 24. 25. lib. 3. Menoch. de arbitr. iud. d. casu 395. nu. 41. & seqq. Gabr. Roman. lib. 4. comm. conclus. tit. de testamen. conclus. 2.*

Nemo tamen dolo vel metu testatus præsumitur, *Mascard. lib. 3. de probat. conclus. 1353. nu. 5.*

Hæc est bona & vtilis materia, quæ pertinet ad *gloss. l. iubemus. C. h. t. n.* Blanditiis aliquem inducere possum, vt me instituat: Non idem est, si dolosis persuasionibus, aut malis artibus quis vtatur & suggestionibus.

Sæpe morituri vexantur ab amicis, à Monachis, & aliis, vtrum hoc, vel illud facere velint. Tales suggestiones authores suos nihil iuuant. Nam etsi regulariter valeat dispositio testatoris ad interrogationem Notarii facta, *iuxta l. iubemus. C. testament. ibi gl. & DD. Dd. in l. 1. § si quis ita. ff verb. oblig.* Tamen hoc aliter verum non est, nisi I. talis dispositio facta fuerit, dictante & exponente testatore voluntatem suam Notario. Debet ergo constare, quod Notarius scripserit de sententia & voluntate defuncti, notanter Castrens. *in leg. hac consultissima. versic. at cum humana. num. 2.* vbi dicit, se ita consuluisse, & refert Ioan. Andreæ dicentē, hanc quæstionem accidisse in facti contingentia, & Alex. *num. 6. C. qui testam. fac. poss. Tiber. Decian. cons. 65 num. 14. ybi multa adducit. lib. 2.* II. Requiritur, vt Notarius fuerit vocatus & rogatus à testatore, non ab eo, qui procurabat sibi aliquid relinqui, *Socin. cons. 92. num. 19. lib. 3. Decian. d. cons. 65. num. 15.* III. Requiritur, vt Notarius interrogans non sit suspectus, *Decian. d. cons. 65. num. 16. Videatur etiam Couar. d. c. cum tibi. num. 4. vbi multa bona adducit.* De hac tamen materia vide quod plenius dico infra *substantiali 1. illatione 10. num. 234.* vbi late de hac materia disserui.

Hanc materiam pulcre tractat *Mol. in l. 1. § si quis ita. nu. 26. vsque ad 33. ff. de verb. obligat.*

C Deinde

Deinde & II. infertur, dispositionem captatoriam *o* non valere. Video 24
autem interpretes tribus modis captatoriam *p* dispositionem intelligere: Primo, si mandatim Titio, vt de bonis meis mihi testamentum faciat. Quod iure haudquaquam permitti inter omnes constat. Quum enim testamentum sit voluntatis nostræ sententiã: Hinc ergo sequitur, per Procuratorem, neminem testari posse, *l. illa institutio 32. inf. de hæred. instit. Bald. in l. executorem num. 4. Cod. execut. rei iud. Idem in l. captatorias num. 2. C. testam. milit. Dec. cons 494 nu 6. Alciat. cons 65. num. 2. lib. 9. Vasqu. de success. creat. lib. 2. §. 17. num. 77. Petr. Pecc. de testament. coniug. libr. 1. cap. 12. nu. 3.* Secundo quando subiicio testamentum meum alterius voluntati, *Bald. d. l. executorem num. 4.* Idque vel substantiam dispositionis seu institutionis principaliter & directo conferendo in liberam voluntatem alterius, vt: instituo te, si Titius volet: vel electionem personæ incertæ de incertis committendo, puta, instituo hæredem, quem Titius nominarit. Quod ipsum quoque iure reprobatur. Tertio, captatoriam dispositionem appellant, quæ fit sub spe alterius institutionis. Hæc est doctrina interpretum *in l. captatorias. ibi notanter Castr. num. 2. 3. 4. & Alex. num. 7. Idem Castr. in l. captatoria. infr. legat. 1. Corn. cons. 159 nu. 1. lib. 4. Alciat. libr. 2. παρέργ. cap. 31. Zas. in l. si quis in arbitratu. nu. 6. infr. verb. oblig. plures adduxit Vasq. de success. creat. §. 17. num. 77. & seqq. Cephal. cons. 102. nu. 17. & seq. Soarez in thesauro recep. sent. verb. captatoria. Pec. de testament. coniug. libr. 1. d. cap. 12. Simon de Prat. de interpret. vltim. volunt. lib. 2. dub. 1. solut. 3. Petr. Gregor. in syntag. iur. part. 3. libr. 42. cap. 2. num. 4. Grass. d. §. testamentum. quæst. 18. num. 2.*

o Dd. nominant captatoriam volũtatem, eam, quæ ab alieno arbitrio pẽdet: ea nõ valet. Ratio: Quia testamẽtum est iusta sentẽtia voluntatis nostræ. Verũ quidem est, talem dispositionem non tenere: sed hoc verum non est, quod talis dispositio captatoria dicatur.

p Videndũ primo, quid DD. captatoriam dispositionẽ nominent, & quid veteres prudentes ea voce intellexerint. Recentiores autem interpretes Bartoli & aliorum mentem non satis explicuerunt. Accurs. Bartol. Bald. & cæteri in duob. errarunt: 1. in re ipsa, dum existimarunt, captatoriam dispositionem esse, quæ pendeat ab alieno arbitrio. 2. in nomine. Putarunt enim captatoriam dispositionem dici à decipiendo. Vt ecce (inquiunt) si quis ita instituat hæredem: (Instituo te, si Titius volet.) Non valet institutio, quia si Titius nolet, testator remanebit deceptus: pleriq; tamen DD. duobus modis tantum captatoriam dispositionem accipiunt, 1. quando testator committit dispositionem suam alterius libero arbitrio, quod duobus modis fieri potest, vt hic versic. Primo. & versic. Secundo. 2. quando fit sub spe reciprocæ substitutionis, vt hic vers. Tertio. quæ nominis distinctio in idem recidit, *Marian. Socin. iunior l. 2. num. 7. vsq; 14. infr. vulgar. & pupill. substit. Vasq. success. progress. lib. 2. §. 13. nu. 25. Dominic. Magdalen. in tract. de testibus testamentariis. part. 2. cap. 4. nu. 18 cum seqq.*

Sed obseruandum, DD. captatoriam *q* dispositionem cum ea, quæ ab 25
alieno arbitrio pendet, perperam confundere: quum in alterius voluntate collata dispositio nullo modo captatoria dici possit, neque hoc nomine vsquam in iure nuncupata inueniatur, vt recte testatus est *Tiber. Decian. cons. 70. n. 24. & 25. lib. 3.* Illa enim institutio, quos Titius voluerit, iure veteri, *l. illa institutio. 32. infr. hæred. instituen.* Captatoria autem Senatusconsulto reprobata est, *l. captatorias. 70. cum l. seq. infr. hæred. instit. l. 1. inf. de his quæ pro non script. haben.* Deinde captatoria institutio non dicitur deceptoria, vt DD. sentiunt. Captare enim non est decipere, sed illecebris, obsequio, donis, spe allicere & promereri, *Alciat. lib. 2 παρέργ. cap. 31. Idem in l. moribus. nu. 10. infr. de vulg. & pupill.* Hinc captatoria institutio dicitur, quæ captandæ 26
alterius hæreditatis causa fit, *r* & sub institutionis aut legati conditione, ex

q Quæ inter se toto cœlo differunt, ea profecto eadem nõ sunt. Sed captatoria dispositio differt à dispositione ab alieno arbitrio pendẽte. Ergo hæc eadem esse nõ possunt. Minorẽ probo, vt hic. 1. Quia diuersas prohibitiones. 2. & diuersas rationes prohibitionis habent. Prohibetur dispositio ab alieno arbitrio pendens, quia contra substantiam testamenti est, vt ab alieno arbitrio pendeat: cum testamentum sit sententia voluntatis nostrę. Prohibetur captatoria dispositio: quia turpis est. At quidam hanc vocis expositionem inanem λογομαχίαν & proinde pertinacibus relinquendam esse, incircumspecte scribunt, vt *Dom. Magdal. in tract. de num. testium in testam. requis. p. 2. cap. 4. n. 19.*

r Notum est prouerbium: piscari aureo hamo. Captatoria dispositio est genus quoddam piscationis: & qui tales dispositiones faciunt, sunt piscatores, qui dolo & fraudibus alienas hæreditates captant. Vt enim piscatores hamum in mare mittunt, non vt illius iacturam faciant, sed vt hamum cum pisce ad se retrahant: Ita qui captatorias dispositiones faciunt, hæreditates suas in hamo deferunt, vt vberiores alliciant. Est hoc genus captationis plenum fraudibus & dolis: quum semper testamentum mutari possit. Exemplum: Instituo te ex dimidia meæ hæreditatis, vt tu quoque me in dimidia instituas. Hæc mea dispositio est captatoria: captat tuam hæreditatem, & fraude quidem: quum semper meum testamentum mutare possim. Ita rara est liberalitas gratuita. Imitantur dona hamos, saget auch Martialis: Significat, quod vsitata sit captatio in muneribus. Man gibt einem/ daß man sein wider will geniessen.

ex alterius, nempe hæredis instituti aut legatarii testamento pendet: puta, si ita quis instituatur, qua ex parte me Titius hæredem instituerit, ex ea parte mihi hæres esto. Vel ita: Titius si me tabulis testamenti sui hæredem a se scriptum ostenderit, hæres esto, *d.l.1.inf. his quæ pro non script. hab.* Et de eiusmodi conditione Papinianus *in d. l. captatorias.* accipiendus est. *Couarru.c. cum tibi.num.2. & seq. extr.eod.*

Neq; solum in testatoris, *s* sed & in aliam quampiam personam captatio dirigitur: quod ipsum etiam in SC. sententiam incidit: Veluti, si ita quis scripserit: Titius si Mœuium tabulis testamenti sui hæredem a se scriptum ostenderit, probaueritque, hæres esto, *l. illæ autem institutiones.71.infr. hæred.instituen.* Et eiusmodi quidem captatorias institutiones etiam in militis *t* testamento nullius momenti esse constat. Etsi enim in militis testamento, iuris solennitates negliguntur, quæ in aliis necessariæ sunt: Tamen quum eiusmodi captationes turpes habeantur; ne in militis quidem testamento admittendæ sunt, *l.captatorias.11.C.testam.milit.* Eatnq; ob causam captatoriæ scripturæ, neq; in hæreditatibus, neq; in legatis valent, *l. captatoria.76.infr.legat.1.Ias.in d.l.captatorias.nu.2.C testam.milit.Caburan.de-*
27 *cis.85.nu.16.Tiber.Decian.cons.65.nu.8.lib.2.* Qui enim ita testatur, hæreditatem suam in hamo defert, vt ab alio vberiorē forte alliciat, nec tam suam promit, quam alienam corripit; vt de viscatis hamatisq; muneribus *Plinius lib.9.epistolarum scribit.* Quod genus hominum improbissimum fere habitum est: vt *Alciat.d.cap.31.& Duaren.ad tit.nost.hic.sub rubr.quomodo hæredes instituendi sint.Couarr.c.cum tibi.nu.13.prope fin.extr.eod.Cuiac.d.l.captatorias.inf. hæred.instituend.* docuerunt: Et captationem hæreditatum, inter maxima paganorum scelera refert Lactantius *libr. 5. diuinarum institutionum cap. 9.* Quum enim hæreditates non sine causa obueniant: sed ob meritum aliquod accedant: *l.nec adiecit.9.ibi gloss.supr.pro socio.l.dotem.16.in fi.infr. Castr. pecul.c cum in officiis.extr.eod.tit.Corras.de iure in artem redigendo. cap.26. ad fin. Brisson.libr. 7.formul.fol.673.in fin. & 674.* Alienas ergo hæreditates aut non merentes, aut precio, aut malis artibus persequi, turpe, turpius, turpissimum fuerit.

s Qui captatoriam dispositionem facit.

t Captatoria dispositio turpis habetur. Quum hæreditates & legata merentibus dentur, vt multis authoritatibus demonstrat *Brisson. lib.7.formul. fol.673.prope fin.in §. hæreditates autem.* Hinc sequitur, 1. Turpem esse alienæ hæreditatis persecutionem, quemadmodum Crito in Andria Terētii Act. 4.scen.4.ait: clamitabunt, me sycophantam, hæreditatem persequi. 2. Multo turpius est precio institutionem, aut legatum mercari. Illas enim res, quæ merentib. dātur, pretio emere velle, semper turpe habitum est. Ita multis in locis officia publica sunt venalia. Romæ omnia sunt venalia, vt Mantuanus cecinit, *refert Bernh. Bust.sermon. 26.part.1. vers.quinto videnda, &c.* 3. Longe turpissimum, fraude & malis artibus hæreditatem alienam persequi.

Captatoria autem dispositio mera fraus est: quum talis dispositio semper mutari possit. Aut enim ille, qui captatoriam dispositionem fecit, superuixit alteri; & res certa est: Aut præmoritur & testamentum mutare, atque sic alterum fallere potest. Hinc iudicari potest, vtrum dispositio captatoria ad pias causas valeat, de qua tamen vide cumulata per *Domin.de Magdal.in tract.de nu.testium in testam.requisit.part.2.cap. 4.num.18.cum multis seqq.*

28 Conditionem *u* autem eiusmodi dispositiones requirunt, vt captatoriæ sint.

Vbi ergo non in futurū, sed in preteritum tempus dispositio confertur, viribus subsistit. Illæ enim institutiones captatoriæ non sunt, veluti, si quis ita hæredes instituerit: Qua ex parte Titius me hæredem instituit: ex ea parte Mœuius hæres esto. Quia in præteritum, non in futurum institutio collata est, *d.l.illæ autem institutiones.71.infr.hæred.instituen.l.mulier.20 §.fi.inf. condit.instit.Harmenopul.in prompt.iur.lib.5.tit.8.de hæred.instit. Duaren.hic.sub rub.quid sit testamentum.& sub rubr.quomodo hæredes instituendi sint.prope fi.late tractat post alios Couar.c.cū tibi.extr.eod tit. Tiber.Decia.d.cons 70.n. 24.25.lib.3.* vbi dicit, se hanc sententiam late ostendisse *in d.l.captatorias. C.testam.milit. Soaretz in thesauro recep.sent.d.verb.captatoria. qui plurib.illustrib. IC.in medium productis, testatus est, omnes eruditiores sic hanc materiam explicuisse. Addantur porro ad pracitata iura in remissionib. Alphan.n.670.& Ant.Delrio pag.85.& 91.*

u Captatoria dispositio est, quæ a conditione, id est, a futura institutione, vel a futuro legato pendet.

Carolus Molinæus *in l.1.§.si quis simpliciter. num.47. ff. de verb. oblig.* narrationem habet, de quodam iuris studioso, qui nescio quas argutias perspicuas legum enarrationi prætulerat: & ibi addit, Apud Politianum & Picum humanitatis studiosis conqueri, repertis frugibus, inuentos, qui glandes præferant. Id est, restituta omnium artium & disciplinarum vera noticia: inueniri tamen, qui veterum inquinamentis & barbarie magis delectentur. Id nos etiam in hac materia iustissime queri possumus. Non disceptamus cum Bartolo, Baldo, & aliis antiquioribus, quod captatoriam institutionem cum ea, quæ ab alieno arbitrio pendet, confuderint. Nam & nos plurima ignoramus. Errare humanum est. Sed hoc iustissima repræhensione dignum est, quum hodie clare & diserte explicatum sit, quid veteres captatoriam institutionem dixerint: inueniri tamen etiamnum ex recentioribus doctissimis interpretibus, qui hæc inter se turpiter permisceant. Nihil enim receptius illis est, quam vt illud institutionis genus, quod ab alieno arbitrio pendet, captatoriam dicant: & veterum errata atque confusionem, quam simplicem iuris veritatem atque expositionem sequi malint. Quod ex libris omnium fere (paucis exceptis) perspicere cuiuis promptum erit. Nos autem hæc minime confundamus quum captatoria, & ab alieno arbitrio dependens, institutio toto cœlo inter se differant.

Disputant DD. vtrum captatoria dispositio statuto permitti possit? De hac quæstione nemo se vnquam dextre expedierit, qui captatoriam dispositionem ab ea, quæ ab alieno arbitrio pendet, non distinxerit.

Ita etiam sibi imaginantur contrarium inter textum *l. captatoria. inf. de legat.1. & l. senatus.§. legatum. eod. tit.* Textus *l. captatoriæ.* dixit: dispositionem captatoriam ne in legatis quidem subsistere. Econtra textus *d.§. legatum.* clare decidit, ab alieno arbitrio legatum pendere posse. Et laborant quidem circa conciliationem, sed frustra: quum inter diuersa nulla antinomia esse possit. *Decian. consil.70. nu.25. lib.3.*

Recedo ergo à veteribus: recedo à recentioribus, qui illorum inquinamenta sequuntur: cum meliora in medium adferre possent. Hi reprehensione digni, illi non item sunt.

Multum erratorum est in Philosophia: Qua de re Ludouicus Viues scripsit.

Multum erratorum est in Medicina. Vt proinde Hippocratici hodie cum Theophrasticis pugnent. Et Aristoteles dicit: rem medicam nil certi haberi, id est, in concreto. Multum erratorum est in iure.

Necesse ergo est, vt interdum à Maiorib. dissentiamus, sed id fiat, adhibita ἐπιεικείᾳ, & grauiter. Reuerenter de omnibus sentiendum, sed ita tamen, vt pluris sit veritas. Debetur quidem à nobis interpretib. qui ante nos fuerunt, reuerentia: At vbi publica vertitur vtilitas, etsi minor veritatem inuestigauerit, nulla maiori irrogetur iniuria, *Alb. Ros. in præfat. C. num.9.*

Duo ergo obseruanda, vbi omnino ab aliis erit dissentiendum.

I. Ne aliter dissentiamus, nisi aperta veritas nos in contrariam vocet sententiam.

II. Salua reuerentia & modestie ab aliis dissentiendum: ἀμφοῖν ὄντοιν φίλοιν, ὅσιον προτιμᾷν τὴν ἀλήθειαν dicebat philosophus: non simus mordaces. Meminerimus nos in eodem luto hærere.

Omnium enim habere memoriam, & in nullo errare, non mortalitatis, sed diuinitatis est. Et grauiter Cato, vel potius Ausonius cecinit: Dum culpant alios, nemo sine crimine viuit. Recte ergo contra Salustium Cicero scribit: Qui in alium dicere paratus est, is omni labe carere debet. Imo etsi ab authoribus iuris quædam minus bene dicta sint: non tamen odiose exagitandi, sed commendatione potius digni erunt: quum veritatis inuestigandæ viam nobis parauerint, *Alber. Rosat. in præf. C. num.8.*

Quum ergo testamentum voluntatis nostræ sententia sit, sequitur, illam instititutionem (quos Titius voluerit) vitiosam esse: quod alieno permissa sit arbitrio. Nam satis constanter veteres decreuerunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere, *d.l. illa institutio. 32. infr. hæred. instituen. Bald. d.l. executorem nu.4. C. execut. rei iud. Dec. cons.494.n.6. late Pars. cons.38.n.40. lib.3. Alciat. cons.65.n 2. lib.9. Tiraq. de legib. connubial. gl.5.n.96. Guil. Bened. rep. c. Raynutius. verb. condidit. el 1. num.1. & 15.* 29

& 15. extr. eod. Vasq. x de success. creat. lib. 2. §. 17. n. 77. cum seqq. Pec. de testam. coniug. lib. 1. cap. 12. nu 3. in noua edit. est cap. 27. nu. 12.

x Vbicunq; Bartol. Bald. & alij DD. de captatoria voluntate loquuntur, id vos de materia *d. l. illa institutio.* id est, institutione ab alieno arbitrio pendente accipite. Apud hos autem DD. habetis rationem decidendi, cur testamentum in arbitrium alienum conferri non possit. Impossibile est, vt tua voluntas sit mea, aut econtra. Testamentum est voluntatis nostrę sententia. Quum ergo impossibile sit, vt aliena voluntas nostra sit, etiam fieri haudquaquam potest, vt alius mihi testamentum faciat.

Cæterum ad hoc, vt decisio *d. l. illa institutio.* obtineat, exigitur. I. Vt institutio in alterius, quam in hæredis arbitrium conferatur, *l. verba hac. 12 ff. condit. instit.*

II. Requiritur, vt institutio ex alieno arbitrio de futuro pendeat, *d. l. illa institutio.* aliud si in voluntatem alterius de pręterito y conferatur, *dict. l. mulier. 20 §. fin. inf. condit. instit. Bald. l. 1. in repet. n. 45. 46. 48 C. SS. Eccles. Idem in d. l. captatorias. nu. 11. C. testam. milit. Euerb. cons. 60. n. 11. Sim. de Prat. de interp. vlt. volunt. lib. 2. dub. 1. solut. 3. num. 3. Petr. Greg. in syntagm. iur. part. 3. libr. 42. cap. 2. num. 4.*

y Nam talis institutio non pendet ab aliena voluntate. Id dicitur pendere, quod à futuro euentu pendet. Textus pertinet ad captatoriam volūtatē: sed rectè huc adducitur, quando inter se cōueniunt materia *l. illa institutio.* & captatoriæ voluntatis quo ad pendentiam.

III. Necessum est, vt in tertii voluntatem posita sit ipsa dispositionis substantia, idq; vel directo, si verbi gratia, aut mandem Titio, vt pro arbitrio suo mihi de bonis meis testamentum faciat: *Bald. in d l. executorem. nu. 4. C. execut. rei iudic. Dec. d. cons. 494. num. 67. Alciat. d. cons. 65. num. 2. Pec. de testam. coniug. loco pracitat. num. 3.* aut instituam Sempronium, si Titius voluerit: *d. l. illa institutio. ibi Bart. num. 1. Castr. d. l. captatorias. num. 2. 3. 4. ibi Alex. num. 7. Ias. num. 5. C. testament. milit. Idem Castr. in d. l. captatoriæ. ibi Ias. num. 2. infr. legat. 1. latissime Paris. cons. 37. lib. 3. Graff. lib. recept sent. § institutio. nu. 2.* vel per indirectum, vt quando testator non quidem ipsam institutionem, sed electionem personæ incertæ de incertis in tertii alicuius libera voluntate repositam esse voluit, puta, si instituerit eum, vel eos, quos Titius hæredes esse voluerit, *d. l. illa institutio.* aliud si electio personæ incertæ de certis alicui fuerit commissa. Nam hoc fieri posse constat. *l. z quidam. 6. & pulcher textus in l. vtrum. 8. §. cum quidam. inf. de reb. dub. DD. in d. l. captatorias. ib: Castr. nu. 3. Alex. n. 7. Ias. n. 5. C. test am. milit. Et in hoc casu amplissime respondit Paris. cons. 38. per tot. lib. 3. vt ex n. 47. & 50. ibi apparet. Pet. Pec. loc. pracit. n. 5. vers. secunda conclusio. Et hanc sententiam omnes sequi, recte post alios testatus est Graff. d. §. institutio. num 4.*

z Ratio diuersitatis euidens ponitur *in d. § cum quidam.* vbi Caius dixit: Nec enim in arbitrio eius, qui rogatus est, positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat.

IV. Requiritur, vt institutio in expressam voluntatem alterius remissa sit, *l. si quis Sempronium. 68. infr. hared. instituen. gl. d. l. captatorias. verb. conditio. ibi Bart. ante num. Castr. nu. 2. Alex. n. 11. Ias. n. 10. Dec. n. 14. C. testam. milit. Bald. in l. 1. in lect. nu. 39. C. SS. Eccles. & in l. epistola. nu. 2. C. fideicom. Duaren hic sub rubr. quomodo hæredes instituendi sint. prope fin. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volun. lib. 2. dub. 1. solut. 3. nu. 3. Tiber. Decian. cons. 70. nu. 26. lib. 3 & omnes sequuntur, vt dicit Paris. d. cons. 38. nu. 54. refert Graff. d. §. institutio. num. 5.*

30 Et regulam quidem *d. l. illa institutio.* quindecim modis ampliat *Vasqu. de success. creat. lib. 2. §. 17. nu. 81. vsq. 85.*

31 XVI. Ampliatur, vt ne legatum quidem in alienam voluntatem conferri possit, *l. nonnunquam. 52. infra condit. & demon. DD. in dict. leg. captatorias. ibi Ias. num. 2. C. testament. milit. Cacheran. decis. 85. num. 16. Tiber. Decian. cons. 65. num. 8. lib. 2.*

DD. ad huius decisionis comprobationem adducunt textum *d. l. captatoria. infr. legat. 1.* verum ille textus nihil ad propositum pertinet: quum aliud captatoria, & aliud ea voluntas sit, quæ ab alieno arbitrio pendet. Nihil ergo ille textus huc pertinet. Sed decisio nostra fundatur *in d. l. nonnunquam.* vbi clarus textus est.

Cæterum vt hæc XVI. ampliatio, & proinde decisio *d. l. nonnunquam*. obtineat, requiritur I. vt legatum expressim in alienam voluntatem conferatur: aliud, si id tacite fiat: puta, Titio decem do, lego: si Mæuius Capitolium ascenderit. Estque ratio diuersitatis manifesta, quod hic opus non sit, vt Mæuius aut sciat conditionem legato asscriptam, aut velit: quin illo potius ignorante, conditio existere potest. Vt proinde hic regula obtineat: Expressa nocent, non expressa non nocent: Quum non tam in arbitrium Mæuii, quam in factum extrinsecum legatum collatum sit, *d. l. nonnunquam. gl. in d. l. captatorias. ibi Bart. ante num. Castr. num. 2. Alex. num. 11. Iaf. num. 10. Dec. num. 14. C. de test. milit. l. si quis Sempronium. 68. infr. de hæred. instit. Tiber. Decian. cons. 70. nu. 26. libr. 3. Pecc. dict. cap. 12. num. 5. vers. quarta conclusio.* Et hæc est omnium conclusio, vt testatur *Paris. d. cons. 38. n. 54. sequitur Graff. d. §. institutio. num. 4.*

Audiuistis quam erudite Modestinus regulam iuris interpretetur, quod institutio vel legatum ab alieno arbitrio pendere non possit. Verum Cynus *in l. in vendentis. C. contrah. empt.* post Iacob. Rauen deridet rationem decidendi, adductam à Iureconsulto, *in dict. l. nonnunquam.* & confidenter profitetur, in vniuerso iure nullam extare rationem, quæ minus rationis habeat. Idemque refert *Iaf. in d. l. captatorias. num. 10.*

Verum omnes interpretes rationem Iureconsulti probant. Obseruabitis ergo Rauennatem & Cynum insigniter hic esse hallucinatos, dum ad iuris nostri fontes, & ad scopum, qui veteribus prudentibus propositus fuit, minus animum attenderunt.

Regula est: Quod legatum in alienam voluntatem collatum, non valeat. Talis ergo dispositio elusoria est.

Sed cum nihil sit, quod magis hominibus debeatur, quàm vt liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit arbitrium, iuxta elegantem textum *l. 1. C. de SS. Eccles.* Hinc ergo veteres prudentes omnes ingenii neruos intenderunt, vt huius regulæ odiosæ generalitatem circumciderent, & asperitatem interpretationibus emollirent. Quid enim magis odiosum, quam hominem extremas voluntates, de quibus idoneis testibus constat, in totum concidere? Quid magis fauorabile, quam vt extremum cuiusque arbitrium viribus subsistat, & effectui detur?

Nititur ergo præcitata decisio & ratione probabili, de qua *in dict. leg. nonnunquam.* & ex iurium principiis desumpta, quod scilicet odia restringenda, & fauores amplian di sint.

II. Requiritur, vt legatum in alienam voluntatem remissum sit per hæc verba, si voluerit, *l. fideicommissa. 11. §. sic fideicommissum. versic. quanquam. infr. legat. 3.* aut si volet, *argumen. d. vers.* a *quanquam. iunct. leg. si quis stipulatus. 112. in princ. infr. verb. obligat. fac. l. statu liberum. 11. §. Stichum. iunct.* b *gl. fin. infr. legat. 2.* 32

a Inductio. Hæc iuxta coniungo, & induco per argumentum à fortiori. Si legatum in alienam voluntatem remitti non potest per verba, *si voluerit*, multo minus id fiet per verba, *si volet*. Nam verba, *si volet*, tractum habent: verba, *si voluerit*, non item. Tractum, inquam, habent, vsque adeo, vt qui semel voluit, mutare possit. Per hæc ergo verba, *si volet*, legatum magis in arbitrium tertii confertur, quam per verba, *si voluerit.* Ideo tanto minus hæc formula obtinet.

b Ex illo textu *iunct. gloss.* in primo intellectu ibi, apparet, etsi in materia contractuum differat futurum indicatiui *volam*, à futuro coniunctiui *voluero*: tamen in materia vltimarum voluntatum hæc nihil inter se differre.

Non idem iuris est, si hac forma legetur, nisi hæres meus noluerit, c *d. l. fideicommissa. §. sic fideicommissum.* Quemadmodum enim aliud est velle, aliud nolle: Ita si voluerit, & nisi noluerit, inter se differunt, *l. eius est velle. 3. ibi Dec. num. 6. infr. regul. iur.* Et legatum hoc est purum, non conditionale, sed ademptum sub conditione, si hæres noluerit, *Couarru. d. c. cum tibi. num. 9.*

c Videtis, quomodo veteres Iureconsulti regulam iuris odiosam restringãt. Si sic lego: Titio lego, si hæres voluerit, vel volet, inutile est legatum. Ratio duplex: 1. Quod legatum sit collatum in alienum arbitrium. 2. Quod fatuum sit, in eius arbitrium legati obligationem conferre, quem obligare velis. At aliud est, si ita legetur: Titio lego, nisi hæres noluerit. Differunt enim procul dubio *velle & nolle.*

Lega-

Legatum ita datum, si volet, vel si voluerit tertius, est conditionale, pendens à voluntate tertii. Hoc autem: lego nisi noluerit hæres: non est conditionale. Sed IC. dixit *in dict. §. si fideicommissum.* esse quasi conditionale, id est, impropriè esse conditionale. Nam qui ita legat: si hæres volet, vel voluerit, nihil ponit, nihil dat, nisi volente hærede. Ideo legatum concidit. Qui autem ita legat: Nisi hæres noluerit: is purè quidem legat, purè dat: sed quum in hæredis arbitrio sit, vt legatum sic datum adimatur: Hinc dixit IC. fideicommissum esse quasi conditionale.

Primamq; voluntatem exigit: ideoq; post primam voluntatem non erit arbitrium hæredis, dicendi, se noluisse.

Quod si hæres non declaret se nolle, debetur legatum: & si decesserit, priusquã se nolle declaret, ius declarandi ad hæredem minime transit: & ideo non timet legatarius ademptionem, *Couarr. d. c. cum tibi. nu. 9. Cuiac. lib. 2. obseru. c. 2. ad fin.*

Aliquot insignes sunt differentiæ inter verba, si volet vel voluerit, & nisi noluerit.

I. Aliud est velle, aliud nolle.

II. Verba si voles, volueris, faciunt conditionem: nisi nolueris, non item.

III. Ergo etsi illud, si volet, non valeat: hoc tamen valet, nisi noluerit: cum sit purum, ademptum tamen, nisi hæres voluerit.

1. Hinc infertur, si hæres non repugnet deberi legatum.

2. Hinc infertur, nisi hæres in vita sua repugnet ius declarandi ad successorem non transiturum.

33 Sed & hoc legatum vtile est, si legetur, quum voluerit hæres. Sic enim substantia legati non confertur in liberam hæredis voluntatem, nec amittitur legatum eo, quo hæres noluerit: sed tantum tractus *d* temporis solutioni adiicitur, *d. §. si sic. Couarr. loco præcit. num. 9.*

d Hoc autem legatum, *cum voluerit*, tractum habet, quamdiu viuat is, à quo fideicommissum relictum est. Verum si antequam dederit, decesserit, hæres eius præstat. Sed etsi fideicommissarius antequam hęres constituat, decesserit, ad hæredem suum nihil transtulisse videtur. Conditionale enim esse legatum, & pendente conditione legati, videri decessisse fideicommissarium, nemini dubium est.

III. Requiritur, vt in *e* liberam voluntatem tertii legatum conferatur: aliud si vt in arbitrium boni viri remissum sit. Ergo etsi legatum vel fideicommissum ita relictum, si volueris, non debeatur: tamen si ita ascriptum fuerit, si fueris arbitratus, si putaueris, si æstimaueris, si vtile tibi visum fuerit, vel videbitur, debebitur, *l. 1.* f *infr. legat. 2. d. l. fideicommissa. 11. §. quanquã. & §. seq. inf. de leg. 3. l. fideicommissaria libertas. 46. inf. de fideicom. libert.* Et hæc est receptissima omnium sententia *in d. l. captatorias. C. testam. milit.* vt testatus est *Couarr. d. c. cum tibi. nu. 7. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 17. num. 79. Cuiac. lib. 2. obs. cap. 2.*

e Quæ verba arbitrium boni viri vel meram volũtatem denotent, docet remissiue Angel. *in tr. de testam. gloss. 16. n. 2.*

f Hæc lex reputatur difficillima: videantur ad eam vltra DD. in sedibus ordinariis, *Bolog. in l. si quis arbitratu. nu. 126. 149. Zas. n. 16. Donell. n. 6. ff. de verb oblig. Anton. Delrio in reportat. pag. 92. & DD. in locis modo citandis.*

34 IV. Exigitur, *g* vt his verbis, si Titius voluerit, testator liberũ, merum & absolutum arbitrium, seu voluntatem tertii significarit. Nam hoc casu propriè regulã *d. l. nonnunquam.* procedit: aliud, si illa verba pro conditione acceperit. Atque hoc sensu textum *l. senatus. 43. §. legatum. infr. legat. 1.* intelligit, *Cuiac.* h *libr. 2. obseruat. cap. 2.* vbi Iureconsultus dixit: legatum in alienam voluntatem poni posse, in hæredis non posse. Vbi tamen ille pro conciliatione *d. §. legatum. & l. fideicommissaria. 46. infr. fideicom. libert.* addit, nisi fauore libertatis hæc verba, si voluerit, ad hæredem relata, per speciem conditionis nonnunquam recte defendi: quanquam aliter hæc iura concilient *Bartol. d. l. 1. numer. 64. C. SS. Eccles. DD. in dict. leg. captatorias. ibi*

g Modestinus *in l. nonnunquam.* dixit: in alienam voluntatem legatum cõferri non potest. Vlpianus contra *in l. senatus. 43. §. legatũ. ff. legat. 1.* sic scribit: legatum in alienã voluntatem poni potest: in hæredis non potest.

h Merum arbitrium, plenum, liberum tractum habens, ita vt pœnitere possit. Non merum, non habens tractum, ita vt pœnitentia non admittatur, vt sit conditio, & prima voluntas expectetur, quæ sufficiat. Id quod in testamentis regulare esse videtur, *d. l. statu liberum. 11. §. Stichum. cum gloss. verb. non poterit. ff. legat. 2.*

Alex.nu.2. Dec.nu.15. C. testam.milit. Iaf.in d.l. captatoria.nu. 8. infr.legat.1.Couarru. loco praecit. num. 8.9.12. Euerh.in topic.in loco, à libertate ad piam causam. verf.17.istud facit ad hoc.

Textus *l.nonnunquam.* constituit regulam negatiuam. Textus *d.§.legatum.* affirmatiuam. Quomodo hæc conciliabimus?

I. Sit conciliatio: verba, si voluerit, interdum denotant liberum arbitrium, interdum conditionem. Et videntur quidem in dubio facere conditionem, non liberum arbitrium, nisi aliud testatorem sensisse liqueat, *arg.d.l.statu liberum. §. Stichum. cum gloss. fin.ff.legat. 2.* vbi regula, quod in materia vltimarum voluntatum, verba, si voles, aut si volueris, non differant: quod tractum non habeant verba, si voles. Nam diserte ibi textus dixit: Quum autem semel dixerit hæres vtrum dare velit, mutare sententiam non poterit.

II. Secundam conciliationem attulit Ludouicus Lusitanus, quem refert & reprobat *Couarr. in d.c.cum tibi.* ibi videbitis.

III. Ipse *Couarruuias* sic conciliat: legatum in hæredis voluntate poni non potest, in legatarii potest. Ergo quod Modestinus *in d. l. nonnunquam.* dixit: legatum in aliena voluntate poni non potest, id ille interpretatur, in aliena, id est, in hæredis: vt conueniat Modestinus cum Vlpiano. Sed huic expositioni duo obstant: 1. Generalitas *d.l. nonnunquam.* Modestinus dixit in genere: legatū in alienam voluntatem conferri non potest: non restringit se ad hæredem. Vbi autem textus non distinguit, neque nos, &c. 2. Repugnant huic expositioni verba Vlpiani, quæ sic habent: legatum in aliena voluntate poni potest.

In aliena voluntate, inquit Couarruuias, id est, legatarii poni potest. Hæc non possunt saluari: 1. Quia legatarii voluntas aliena dici non potest, vt neque in contractibus contrahentium voluntas, neq; in institutione testatoris & hæredis. 2. Generaliter textus loquitur de aliena voluntate. Ergo ad legatarium non restringitur.

IV. Quarta conciliatio est eiusdem Couarruuiæ. Legatum (inquit) in alienam voluntatem confertur, id est, velatam, tacitam: puta, lego tibi, si Titius in Capitolium ascenderit. At in hæredis voluntatem non confertur, neque velatam, neque expressam. Sed repugnat huic quoq; conciliationi textuum generalitas.

Hæc autem materia sic commode distinguendo exponi posse videtur. Aut enim quærimus de causa pia, vel libertatis: & dispositio subsistit, etiam ad hæredem ipsum relata per verba, si volueris: quū hic fauor piæ causæ & libertatis sit, vt verba præcitata nudum aut merū arbitrium hæredis non significent, nisi testatorem aperte de hæredis absoluto & libero arbitrio sensisse constet. Hic est casus *d.l.fideicommissaria.Couarruu.d.c.cum tibi. num.12.*

Aut sumus extra hanc facti speciem, & distinguendus est hæres ab extraneo: *i* quum in hæredis voluntatem legatum poni nequeat: *dict.§. legatum.* In alienam possit: eo quod placeat in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro mero & absoluto arbitrio non esse, *k d. l.1. infr. legat.2.* nisi aperta voluntas testatoris aliud suadeat, *d.l.nonnunquam.*

i Ratio aperta: non potest in eius arbitrium poni legatū, quē obligare velis.

k Hæc verba, *si voluerit*, ad tertium, ad quē res nil pertinet, relata, omnino consilium, arbitrium, non nudam voluntatem significant, alioquin fatua testatoris dispositio esset.

l Id est, expressa, aliud tacita, per verba, *nisi voluerit*, vt dixi.

XVII. Amplia, vt idem sit in ademptione legatorum, *l l. legata inutiliter.14.inf.de adim.legat.DD.in d.l.captatorias. ibi Bald.quaest.6.nu.11. Iaf.nu.2.C. testam.milit. Idem Iaf.in d.l.captatoriæ.nu.3.infr.legat.1. Guilhel.Benedict. repet.c. Raynutius. verb.condidit.num.4.extr.eod.* 35

Hæc sententia tot modis ampliata nunc limitatur, I. Quando lege noua, principis permissione, consuetudine, statuto induceretur, quod alteri per alterum testamentum fieri possit, *DD. in d. l. captatorias. ibi Alex. num.2. Dec.num.2.3.4. C.de milit. testament. DD. communiter in leg.2.infr.de vulgar. & pupill. late Vasqu.de success.creat.lib.2 §.17.nu.85.86.87. idem, de success. progressu libr.2.§.13.num.14. cum seqq.* Et hanc sententiam communem dicunt *Gabriel Roman.recept.conclus. lib. 6.tit. de pia causa. reg.3.fallent.5.num.10.* 36

Ludo-

Ludou. Luna conf. 1. post responsum Zunti pro vxore. num. 106. Dominic. Magdal. in tract. de testib. testamentariis. part. 2. cap. 4. nu. 23. veram & communem perhibet *Vasq. loco pracit. n. 85. Couar. d. c. cum tibi. nu. 13. sequitur Alexand. Trentacinq. d. substit. part. 2. cap. 2. per tot. Graff. d. §. institutio. nu. 9.*

Contrarium *m* autem post *Francisc. Aret. & Iasonem* tenuere *Guilhelm. Benedict. rep. dict. cap. Raynutius. verbo, condidit. el. 1. num. 16. Petr. Pecc. dict. cap. 12. num. 6. versic. sexta conclusio. in noua editione cap. 27. num. 12. vers. sexto concludimus.*

m In iure nostro ciuili nullibi permissum est, quod alteri per alterum testamentũ fieri possit, nisi in duobus casibus.

I. Primus est in materia pupillaris substitutionis, quando liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, illa substitutio fit.

II. Secundus est, in exemplari substitutione, quæ mente captis fit. Quare qui sui testamenti factionem alii permittit, is se à recta ratione desertum esse ostendit.

Huius disceptationis diiudicandæ nulla certior via est, quam si vtriusq; partis fundamenta bene expenderimus.

FVNDAMENTA COMMVNIS opinionis.

I. Eo iure quælibet res tollitur, quo inducitur, *l. nihil. infr. reg. iur.* Sed ne dispositio testamenti ab alieno arbitrio pendeat, inductum est iure ciuili, *per l. illa institutio. infr. hered. instit.*

Ergo hæc iuris ciuilis traditio alio iure ciuili, id est, statuto aut consuetudine tolli potest.

Hoc argumentum in effectu recitat *Benedict. & post eum Pecc. loco pracitato.*

II. Quod iure ciuili generali fieri potest, id etiam statuto induci potest.

Sed iura in certis casibus probant voluntatem ab alieno arbitrio pendentem.

Ergo etiam statuto, vel consuetudine fieri potest, vt alteri per alterum testamentum ordinetur.

Hoc argumentum nihil concludit. Nam etsi verum sit, dispositionem testamenti iure ciuili ab alieno arbitrio pendere posse: tamen hoc solummodo verum est extra substantiam dispositionis. Nam dispositionis substantia expressim neque directo, neque per indirectum alieno permittitur arbitrio, excepta pupillari atque exemplari substitutione.

III. Vniuersa testamentorum machina iuris positiui est, (id est, quo ad formam.)

Ergo iure positiuo, statutario, vel consuetudinario subuerti potest, *Alciat. in l. moribus. num. 2. infr. de vulg. & pupill. Ang. Aretin. late in tract. de testam. in princip. num. 12. cum seqq. maxime num. 17. & glos. 6.*

Hoc argumentum in effectu coincidit cum primo.

CONTRARIÆ SENTENTIÆ fundamenta.

I. Substantia testamentorum in eo consistit, vt conficiantur ab ipso testatore. Sic enim testamentum definitur: quod sit voluntatis nostræ sententia. Substantia actuum ciuilium statuto, aut consuetudine tolli non potest, per apertum textum *c. 2. ibi gl. Gemin. num. 4. Philip. Franc. num. 7. & reliqui. de consuetud. in 6.* Ergo dispositio iuris, quod testamenta ab alieno arbitrio pendere non debeant, statuto, vel consuetudine tolli non potest. Ita argumentatur *Bart. Socin. in l. 2. num. 3. ibi Mari. Socin. iun. num. 8. infr. vulgari & pupillari substitutione. Benedict. loco pracitato. Tiraquell. de ll. connub glos. 5. num. 96.* Respondet autem *Bart. Socin. ibidem. & post eum Trentacinq. de substit. part. 2. c. 2. num. 2.* allegat *l. vnum. 67. §. si de falcidia. infr. leg. 2.* & inde probare vult, testamenti essentiam etiam verificari in captatoria voluntate. Sed hæc responsio nullius momenti est. Nos hic quærimus de dispositione aut dispositionis essentia, alterius arbitrio commissa: At dictus *§. si de familia.* ad principium textus illius pertinet, vt glossa ibi ostendit, & de materia nostra, hoc est, de dispositione, aut dispositionis substantia nihil agit, *vt exposui infra num. 37.* Quare repudianda est Socini & Trentacinquii sententia.

II. Dispo-

II. Diſpoſitio captatoria eſt contra bonos mores.

Diſpoſitio ab alieno arbitrio pendens eſt captatoria.

Ergo diſpoſitio ab alieno arbitrio pendens, eſt contra bonos mores. Et per conſequens ſtatuto, vel conſuetudine induci non poteſt. Lex enim ſancta eſſe debet. *Ita colligit Iaſ. in l. 2. n. 1. in 20. notab. ff. vulgar. & pupill. ſubſtit.*

Hoc argumentum vitioſum eſt, cuius minor falſa, & ex confuſione diuerſarum iuris materiarum conflata eſt. Aliud enim captatoria diſpoſitio, aliud voluntas eſt ab alieno arbitrio pendens. Male ergo ſic *Benedict. & Pecc.* contra communem argumentantur.

III. Quod iure ſpeciali alicui indultum eſt, id ad conſequentiam produci non debet.

Sed iure ſpeciali pupillaris & exemplaris ſubſtitutio introducta eſt, vt impuberibus & mente captis ab aliis teſtamenta confici poſſint.

Ergo aliis id permitti non debet.

De his argumentis nunc videbimus, vt quæ ſententia verior ſit, nobis eluceſcat.

Verum in hac Doctorum concertatione, ſic rem commode diſtinguendo *n* exponi poſſe arbitror, vt primum captatoria voluntas, quam DD. cum noſtra materia perperam confundunt, ab inſtitutione, quæ ab alieno arbitrio pendet, diſtinguatur.

n Eandem diſtinctionem quo ad principalia membra (id eſt, quo ad voluntatem captatoriam & eam, quæ ab alieno arbitrio pendet,) tradidit *Marian. Socin. iun in l. 2. nu. vſq; 14. infr. vulgar. & pupill.* Poſterius autem membrum diſtinctionis recitat ex Alexandro *Vaſquius de ſucceſſ. progreſſ. lib. 2. §. 13. nu* 11. Totam autem diſtinctionem cum omnib. membris, habet Domin. Magdal. *hic relatus p. 1. cap. 22. vbi ſimilem quæſtionem tractat.*

Captatoriam enim voluntatem ſtatuto aut conſuetudine induci non poſſe, rectiſſime à Didaco Couarruuia *d. c. cum tibi. num. 13.* defenſum eſſe arbitror, etſi diſſentiant plures, quos referunt & ſequuntur *Vaſqu. de ſucceſſ. progreſſu. lib. 2. §. 13. n. 2. Domin. Magdal. de teſtib. teſtamentariis. par. 2. cap. 4. n. 25.*

At circa inſtitutionem ab alieno arbitrio pendentem, ſubdiſtinguendum porro erit.

Nam aut de ſummo principe quærimus, & res expedita eſt, vniuerſam teſtamentorum formam & machinam, quę iuris poſitiui eſt, lege generali euerti poſſe, *l. nihil tam naturale. 35. infr. reg. iur. DD in d. l. 2. ibi Alciat. n. 10. infr. de vulg. & pupill. DD. in l. nemo poteſt. ibi Bologn. num. 90. infr. legat. 1. Bart. Socin. in l. pactum quod dotali. n. 5. ad fin. C. de pact. Vaſq. d. §. 17. n. 80. verſ. & eadem ratione.* Et ex hoc fonte pupillaris ſubſtitutio, *tot. tit. infr. vulgar. & pupill.* atque exemplaris deſcendit, *l. ex facto. 44. infr. eod. tit. l. humanitatis. 9. C. impub. & al. ſubſtit. §. qua ratione. Inſtit. de pupill. ſubſtit.* Hinc etiam non iuſtorum teſtamentorum, puta, militis, ad pias cauſas, & patris inter liberos materies eſt: in quibus quemadmodum & in pluribus aliis caſibus à teſtamenti ſolennis ſubſtantia & iuris regulis eſt receſſum.

Idemq; de Electoribus, Ducibus, Marchionibus, principibus Imperii, aliiſq; perpetuam, regalem, & ad ſuos tranſmiſſibilem dignitatem habentibus iudicandum, *Iaſ. in d. l. nemo poteſt in lect. num. 8. & in repet. num. 8. Alciat. num. 16. cum ſeqq. Ripa num. 24.* Quum in ſuis terris priuilegio & reſeruatis imperialibus vtantur. *o Bald. l. ſancimus. num. 5. C. de donat. Bald. l. pen. C. donat. inter virum & vxor. Bald. l. more ſupr. de iuriſdict. omn. iud. Bald. §. penult. verſ.*

o Communiter dicimus, quod noſtri principes, (vocabulo hoc generice etiam accepto,) merum atq; mixtum imperium, cum perpetua, & ad ſuos tranſmiſſibili regali dignitate obtinentes, reſeruatis etiam Cæſaris, (id eſt, maioribus regalibus,) in ſuis terris vtantur. Quod noſtri homines politici, vti ſæpe audiui, ita Germanice reddere ſolent, Daß ein jeder Fürſt/ Keyſer in ſeinem Land ſey.

Hoc dogma à multis, qui illud non dextre accipiunt, flagellatur.

Dominus Roſenthalius *in ſuo eleganti tractatu feudali, cap. 5. concluſ. 2. & 3.* regalia, cum DD. in minora & maiora, ſeu reſeruata diuidens *concluſ. 13 lit. B.* reſeruata non tantum ducibus, quorum ibi mentionem facit, ſed & noſtris principibus recte tribuit: In eo autem hæſitat: vtrum propterea omnia poſſint in ſuis terris, quæ Cæſar noſter in imperio

potest. Et vt probet, (quod per se certissimũ est,) principes nostros, aut illos de quibus ibi, non omnia posse, exemplum electorum adfert: quod illi noua vectigalia instituere possint. Quod ne quidem Cæsaribus hodie facere licet: cum in multis sibi manus ligauerint, quæ Cæsarum electionibus inseruntur, & Carolo V. ab electoribus, *vti Sleidanus lib. 1. historiæ suæ meminit*, proposita, atque iuramento acceptata sunt.

Alii, manifesto errore hanc sententiam in scholas importatam esse scribunt: cum in iure Iustinianeo scripta nõ sit.

Quod argumentandi genus sententiæ receptæ non obstat.

Si enim erratica illa omnia sunt, quæ in iure Iustinianeo explicite non habentur: quid nobis in dignitatum, magistratuum, iurisdictionum, venationum, insularum, & pluribus aliis materiis eueniet: cum modernus imperii vsus, à veteri iure plane discrepet?

Quæritur autem, quo sensu nostri theorica illa recepta vsi sint, & adhuc vtantur? Hæc ne illorum sententia fuerit, aut adhuc sit, quod principes a Sacra Cæs. Maiest. inferiores, omnibus in vniuersum reseruatis Cæsareis, nullo prorsus excepto, *quæ maximo numero, etsi confuse satis, Restaur in tract. de imperio qu. 110. & alii congessere.* in suis terris vti possint: an vero aliter eam intellexerint? Inde enim patebit, iure ne illi flagellati sint, aut non sint.

Respondeo autem, etsi aliqui nostrorum, in huius theoricæ tractatione, aliquid humani passi sint: Receptiore tamen sensu, plerosq; recte de ea iudicasse Cum enim omnes sententiæ iuris, vtcunq; verbis generalibus prolatæ, ad subiectam materiam coarctentur: & iuxta eam ciuiliter intelligendæ sint, (quod Tertullianus etiam in diuinis scripturis verum esse scribit, nullam vocem in illis ita diffusam esse perhibens, vt verba tantũ teneantur, ratio autem verborum non constituatur,) idem omnino hic, & de Cæsarum inuestituris, atq; præcitata interpretum theorica statuendum putarunt. Neque enim summi illi atque illustres iurium Dd. vsque adeo delirarunt: vt omnia in vniuersum Cæsarum reseruata, nullo excepto, communicabilia esse iudicarent: huic vltra modum absurdæ atque erroneæ opinationi, etiam communi sensu refragante.

Nulla ergo fuit apud illos, de reseruatis Sacræ Cæs. Maiest. incommunicabilibus dubitatio.

Quia quemadmodum indiuidui descriptio; definitum suum non egreditur: cum speciei definitio omnibus indiuiduis illius aptetur: Ita supremitas atque vniuersalitas regiminis, in Sacra Cæs. Mai. & quæ huic cohærent, nulli: nisi aut regi aut electori, aut archiprincipi communicatur: nisi illum simul & totius Rom. imperii Augustum esse statuatur.

Neque etiam illorum quisquam sensit, omnia reseruata communicabilia, inferioribus a Cæsare citra vllam distinctionem communicari. Nam perspicue de reseruatis illis loquuntur, quæ inferioribus in suis terris, & subditorum suorum respectu competere possunt.

Deinde nemo hanc iuris theoricam ad casus, in quibus aperta in contrarium decisio extat, produxit.

Vt ergo iuris sententia, quantum omnino à me fieri potest, elucidetur: status quæstionis diligenter obseruandus erit. Non enim de temporalibus sed perpetuis magistratibus, & proprie de generica, haudquaquam autem speciali concessione nostri disputant: Etsi Pauli Castrensis responsum, quem huius opinionis aliqui antesignanum faciunt, de duce Mediolani, cuius inuestituræ speciales eiusmodi concessiones insunt, redditum fuerit. *Felin. c. quæ in Ecclesiarum. nu. 32. vers. sed hanc declarationem, auream hanc limitationem appellans, de constit. Decius in c. pastoralis. num 2. de appellat.* quem ducem aliqui superiorem non recognoscere, perperam tradunt. Illum enim Imperatorem recognoscere, satis notorium esse scribit Molin. *ad Alex. c. 30 nu 9 lib 5.*

Quæstio igitur hæc est: si de ducatu aut comitatu aliquis perpetuo inuestiatur à Cæsare, & nulla reseruatorum specifica mentio habita, sed concessio (1) vel plane simpliciter, aut (2) etiam expressa clausula generali translationis omnis imperii & potestatis, omnisq; iuris, quod Cæsar concedens in ducatu aut comitatu habet, (3) nullo reseruato, facta sit, Vtrum dux aut comes, aliusue magistratus, de Imperialibus reseruatis sese ob illam infeudationem aut concessionem genericam intromittere possit: aut specifica potius reseruatorum mentio facienda sit.

In hac quæstione aliqui excedunt affirmando, inter quos post alios est Decius *d. c. pastoralis. n. 2. de appell.* Quorum sententia falsa est: siue quo ad supremitatem soli imperatori competentem atque incommunicabilem, siue ita eam accipias, quod tales Domini de omnibus in vniuersum reseruatis, nullo prorsus excepto, sese intromittere possint.

Aliqui excedunt negando, inter quos & Ancharanus, Cacheranus, *decis. 101 nu. 2* Schurffius *cons. 76. nu. 7. cent. 2.* atque summus ille IC. Carolus Molinæus, *ad consuet. Paris. tit. 1. § 1 gl 5. n. 53. 54. 55.* Nisi illius & aliorum sententiam, de reseruatis incommunicabilib. & ita intelligas: quod exempla *n. 55* producta, de potestate legitimandi, restituendi famæ, criminis & damnationis capitalis gratiam faciendi, notarios publicos creandi, de legitimatione, restitutione famę, gratia criminis facta, atq; notariorum creatione, quæ non tantum in terris illorum principum, & inter illorum subditos, sed & vniuersum in imperio obtineant. Nam in terris suis, & quo ad subditos suos, nostros principes de reseruatis, per quæ iuri supremitatis imperii non derogetur, sese intromittere posse, & intromittere, magis communi Dd. sententia statuunt: idq; sine controuersia esse, & vsu atq; consuetudine probari. Dn. Rosenth. *de feud. cap. 5. q 13. lit B.* recte tradidit.

Vt omittam plures famosissimorum iuris Doctorum speciales decisiones: Quod principum nostrorum contractus, vim legis obtineant: & statutum per ipsos conditum, ius ciuile non prætorium sit: Quod, quo ad bona sui ducatus legitimare, tabelliones, eo modo, vti memini, creare, saluam guardiam atq; inducias in suis terris concedere, per viam gratiæ in integrum restituere, veniam ætatis concedere, nobilitatem conferre, (non autem barones aut principes creare, quod de incommunicabilibus reseruatis est,) caussam appellatione remota committere, (si reges aut principes sint, à quibus appellatio non est: *Rosenthal. d. lit. B.* alias enim hanc sententiam, vt postea constabit falsam esse, ambigere non debemus,) famæ restituere, aliis stipulari possit: Quodque in illis decisiones legum specialiter de Imperatore disponentium, *puta. (1) l. vnic. C si de liber Imper lib 10 item. (2) l. omnes. atq; l bene à Zenone C. quod præscrip. (3) l. omnium. C. de test. & l sancimus C. de donat (4) c. 1. de transact.* obtineant. De quib alius cõmodior disserẽdi locus forsan sese offeret.

Aliqui, neq; vniuersum affirmando, neq; vniuersum negando, sed restricte nimis atq; diminute de theorica nostra loquendo, errarunt, vti celeberrimus ille canonista Felinus, *in d. c. quæ in Ecclesiarum n 32. & 33. de constit.* qui hanc iuris sententiam, ad tres tantum casus coarctandam putat. Quando (1) videlicet in priuilegio perpetuæ inuestituræ verba talia ponuntur, quę in priuilegio ducis Mediolani reperiantur: Quod ea possit facere in ducatu Mediolani, quæ Romani reges & imperator, de plenitudine potestatis gerere possit. Aut (2) in concessione exprimuntur grauiora reseruata, tunc enim in simplici concessione & alia subintelligi, quæ exprimi consueta sint. Aut (3) in principibus, qui in suis terris de facto vicem Imperatoris obtinent: & fortius in his, qui non recognoscunt imperatorem.

Atqui huic restrictæ sententiæ magis com. atq; recepta Dd. opinio, cum vsu atque consuetudine, & præcitatis interpretum decisionibus refragatur.

Quare

Quare hisce tribus opinionibus, quæ aut affirmando, aut negando excedunt, aut restringendo peccant, ad suos authores remissis, veritatem exquiramus: Quam ita omnium optime inueniremus, si ad decisionis præcitatæ requisita, de quibus præstantissimi Dd. meminere, animum aduerterimus.

Neque enim, qui hoc dogma iuris tractarunt, oscitanter, sed perspicue & cum magna maturitate suas doctrinas explicarunt.

Ad hoc ergo, vt sæpe citatæ theoricæ locus sit, plura necessaria sunt.

Requiritur autem primo, vt Sac. Cæs. Maiest. reseruata communicabilia sint: de quibus principes aut alii sese intromittere volunt: Quædam enim plane incommunicabilia esse constat. Neque id interpretes nostros latuit. Quinimo illi hac de re admodum illustres & perspicuas decisiones reliquere.

Est autem suprema illa Cæs. Maiest. ἐξουσία, atque plenitudo potestatis, vsque adeo incommunicabilis, vt ne regibus quidem, in hoc orbe potentissimis, aut concessione aut præscriptione vlla adquiri possit.

Atq; hinc Dd. consensu summo 1. inferunt, reges haudquaquam in locum S. Cæs. Mai. sed in locum præfectorum prætorio successisse, quod supra est annotatum.

Deinde & secundo hinc colligunt: Quicquid aliquis aut præscripserit, aut Cæsar concesserit, semper lõge maiorem atq; superiorem potestatem apud imperatorem remanere. Quæ ab illius Cæs. Mai. nullo modo, qui iure cognitus sit, auelli queat. *Dec. in c. pastoralis n. 5 ibi. notandum tamen. de appellat. & ex authoritate dominorum de Rota, Calderini, Fr. Curtii & aliorũ Restaur. de Imp. q. 54 n. 20. & q. 110. vers. 330 in prin. & ibi illam tamen plenitudinẽ Car. Mol. ad consu. Par. t. 1. §. 1. gl. 5. n. 53. 54. 55.*

Atq; hæc est magis comm. Dd. opinio, quam late resoluunt; & eleganter prosequitur Ioan. Bolog. *in l. Imperium. n. 88. cum seqq.* Etsi autem ille contrariam Bartoli opinionem in regibus veram esse putat: quod videantur adquisiuisse libertatem & priuilegio præsumpto: in ciuitatibus vero aliud censeat: cum omnes sub Cæsare fuerint: & in præscriptione opus sit, vt in contrarium memoria non exstet: Illius tamen sententia vanitatum plena est, quam ille falsam esse, & in iure defendi non posse, bene intellexit.

Tum (1) quod eiusmodi priuilegium non valeat: tantum abest, vt reges præsumpto priuilegio iuuentur.

Tum (2) quod non minus de regibus quam ciuitatibus constet, quod sub Cæsare fuerint.

Tum (3) quod practica, quam ibi ciuitatibus præscribit, nullius vtilitatis sit: cum concessio talis libertatis non valeat: & allegatio tituli vitiosi etiam mille & plurium annorum præscriptionem vitiet.

Tum (4) quod Dn. Bolognetus, & reliqui Dd. postquam omnia sua tela in S. Cæs. Mai. expediuerunt, tandem vltro fateantur, se contra stimulum veritatis calcitrare, & meras vanitates disputando tueri, ad facti & iuris distinctionem confugiunt, & tutius esse scribunt, vt eiusmodi disputatores ius suum non in allegationibus iurium, sed in armis ponant. Quod diserte Ioannes Bolognetus scripsit & fecit.

3. Dd. hinc inferunt, si concessio ducatus aut comitatus à S. Cæs. M. cum translatione omnis imperii & potestatis fiat, etiamsi expresse dicat, se concedere omne ius, quod in ducatu aut comitatu habet, nihilominus tamen ius superioritatis & supremæ potestatis imperii & iurisdictionis remanere penes concedentem. Ad quem poterit appellari à sententiis latis per concedentem vel suos iudices, *ita ex Ioanne Andrea, Angelo & pluribus aliis Dd. decidit Car. Molin. ad consuet. Paris. tit. 1. §. 1. glos. 5. nu. 49. vers. declara secundo. & (dextre, puto de incommunicabilibus reseruatis intelligendo.) nu. 53. vers. declara tertio. idem in addit. ad Dec. d. c. pastoralis in addit. super verb. proprio. de appellat.*

4. Inferunt, quod princeps concedendo aliquid inferiori de reseruatis, intelligatur semper concedere, vt ea exerceat, cum debita caussæ cognitione, & non cum illa plenitudine potestatis, quam habet concedens, *ex Innocentio, Abbate & Baldo. Felin. c. quæ in Ecclesiarum nu. 32. de constit.*

5. Inferunt, vt inferior vigore concessionis nihil omnino eorum possit, per quæ iuri supremitatis imperialis vllo modo derogetur. Puta si inferior appellationem tollere velit, *Felin. d. c. quæ in Ecclesiarum. n. 32. de const. Rosenth. de feud. c. 5. conclus. 13. lit. B.*

Et licet nonnulli in perpetuam regalem, & ad suos transmissibilem potestatem habentibus, dissentiant: & illos ius appellationis tollere posse affirment, *Dec. in d. c. pastoralis. nu. 2. ibi imo, quod plus est, de appellat.* Tamen Molin. *in addit.* ibi sententiam hanc falsam esse, verissime pronunciat: quia (inquit) ex quo recognoscunt superiorem, non possunt ius illius tollere: nec illud censetur à superiore remitti in concessione quantumuis generali, adducit Ioann. Andr. & Angelum, & se ad tradita, *in consuet. Paris. tit. videlicet 1. §. 1. glos. 5. num. 49. & seqq.* remittit.

6. Infertur, inferiores a S. Cæs. M. neque duces, marchiones, principes aut comites creare, neq; regalia VT REGALIA aliis concedere posse.

Incommunicabilia enim hæc iura sunt: cum immediatam à S. Cæs. Maiest. & imperio dependentiam requirant.

7. Infertur, ad ius erigendi studia vniuersalia & similia.

Secundo diserte Dd. requirunt, vt reseruata talia sint, quæ principibus aut aliis magistratibus perpetuis, (1) VT TALIBVS (2) in suis territoriis (3) respectu suorum subditorum competere possint. Aliud si ius imperii aut tertii attingant.

Ita enim perspicue scribunt, Dominos temporales perpetuam regalem & ad suos transmissibilem dignitatem obtinentes, id in suis terris, respectu subditorum posse, quæ Cæsar in toto imperio, & respectu subditorum imperii facere possit. Ita ad vnum omnes loquuntur & sentiunt, *Carol. Molin. ad consu. Paris. d. tit. 1. §. 1. gl. 5. n. 53. vers. declaro tertio.*

Vbicunq; ergo supremitas imperialis læderetur, toties reseruata incommunicabilia esse cõstanter tenendum. Quare Restaurus *de Imper. q. 110. vers. 330. prope fin.* ex Bartolo, Baldo, Alexandro, Felino, hanc insignem iuris sententiam tradit, quod signum, ad cognoscendum, quæ de reseruatis principum (id est, incommunicabilibus) habeantur, sit, quando iura talia sunt, super quibus inferior statutum condere non possit, prout paulo ante de duce Mediolani dixerat, quod licet dicatur supremus princeps, & non recognoscat superiorem, non possit tamen decretum in derogationem Imperialis potestatis condere, puta caussam appellatione remota committendo, *per prædict. Molin. d. §. 5. nu. 49. cum seqq.*

Quæ autem communicabilia sunt, illa omnia ad (1) territoria & (2) subditos eorum, quibus concessa sunt, tum (3) ad capacitatem inferiorum à S. Cæs. Maiest. restringenda sunt.

Quemadmodum enim (1) Cæsar omnium in hoc orbe Dominus & superior: ita alii tantum territoriorum suorum superiores, imperii autem inferiores sunt: Et sicuti imperialis authoritas, toti imperio, & omnibus imperii statibus atque subditis dominatur: Ita inferiorum ἐξουσία, ad certa territoria certosq; subditos restringitur.

Quare, vt theorica nostra vera sit, inferiorib. a S. Cæs. M. omnia quidem in vniuersum reseruata, non q̃ Cæsari competunt, sed omnia, quorũ illi, vti ab imperatore inferiores, & salua atq; vniuersim illibata imperii suprema plenitudine atq; authoritate, inter suos, & in terris suis capaces sunt.

Cui

Cui consequens est, vt in tribus, puta (1) respectu supremitatis imperii, & (2) extra territoria sua, atq; inter (3) non subditos, i{ξονία} illorum, vt vniuersim, ita etiam quo ad reseruata alias communicabilia cesset.

Tertio requiritur, vt in dubio simus.

Nam vbi certum est, iura, in actu aliquo, non tantum ordinarii magistratus, principis puta aut alterius, sed & Sacræ Cæs. Mai. authoritatem requirere, frustra præcitata theorica vrgetur. Atq; ita sese res habet: vbi de authoritate nouarum ciuitatum extruendarum agitur: Cum iura nostra, maxime Saxonica, & ordinarii loci, atq; S. Cæs. Maiest. authoritatem ad hoc requirant.

Hæc theorica communissime à Dd. & vsu etiam recepta amplificatur, vt etiam ciuitatibus immediatis adhibeatur. De quo alibi disputabitur.

Ad decisionem autem nostram quod attinet, in inferioribus à Cæsare subdistinguendum. Nam aliqui iura principis ita habent, vt principis definitione contineantur: aliqui non etiam. De illis qui iura principis habent, idem tenendum in materia nostra, quod de Cæsare dixi. Ergo Electores, duces, marchiones, principes S. Rom. Imperii in suis terris facere possunt, vt dispositio ab alieno arbitrio pendens subsistat. *Hoc decidunt Ias. Alciat. & Ripa locis præcitatis.* Ratio decidendi: Quod omnes hi perpetuam regalem, & ad suos transmissibilem dignitatem, cum mero & mixto imperio habeant. At habens eiusmodi iura, in suo territorio gaudet regulariter, regulariter, inquam, reseruatis & priuilegiis Cæsaris. Ratio rationis triplex, 1. Imperii scissura, quod hodie est diuisum in Electores, Duces, Principes, &c. *Pet. Antib. de muneribus part. 2. § restat nunc videre n. 9.* 2. Infeudationes. Nam hi capitanei regni cum eodem iure in terris suis infeudantur, quod Cæsar in Imperio habet. 3. Tempus immemoriale, per quod illi reseruatis & in suis terris vsi sunt. Exemplum est de iure collectandi. Hoc etsi de reseruatis sit, tamen inferioribus ab Imperatore tribuitur, *text. est in recessu Spirensi Anno* 1542 *fol.* 284 *fac.* 2. *vers.* es sollen auch/ &c. Sic Camera pronunciat. Alia plurima exēpla omitto. Ne autem circa rationem decidendi impingamus, obseruandum, eam regulariter, non vniuersaliter veram. Vt ecce, Cæsar ius extremæ prouocationis habet. Ad ipsum enim appellatur: nemo ab eo appellat. Hoc ius ipse principibus Imperii generaliter non communicat: Electoribus solis, qui tamen omnes hoc iure ex æquo non vtuntur: & ducibus Saxoniæ id communicauit. Priuilegio imperiali illos vti constat. Ergo, vbi S. Cæs. Mai. vel in aula vel in Camera sua Spirensi sententiam dedit, finem litium esse, atq; iurium remedia cessare oportet. Quæ tamen iuris regula, aliquot modis vitiatur. Nuper vt vos attentiores efficeremini, quasdam exceptiones obiter retuli. Cum autem plures sint: & ea quæ ita incidenter dixi, vos recte intelligere velim: breuibus illa repetenda, atq; magis explananda putaui.

Primo ergo regula hæc fallit in remedio nullitatis. Nam licet nullitas iuris ciuilis, quando de meritis bene constat, Imperialibus sententiis non opponatur: aliud tamen in eiusmodi nullitate iuris est, per quam ius diuinum aut naturale læditur. Vt si alicui audientia, aut defensio omnis denegetur: aut alias iniustitia notoria admittatur, *Rob. Marant. de ordin. iudic. 4 part. distinct. 9. n 12. cum seqq. Vant. de nullit. sub rubr. quid sit nullitas nu. 29. & rubr. an qualibet sententia possit dici nulla nu. 13. rubr. quibus modis sententia nullitas defendi possit nu. 125. Cæsar Contard. d. l. vnic. limit 9. num. 63. C. si de moment. possess. dicens etiam Papa decretum notorie iniustum nullum esse, & ei semper contradici posse. Gail. obseruat. 75. nu. 8 lib. 1. Bend. exassessor Camer. de reuis. conclus. 18. nu. 4. & cum primis num. 28. cum seqq. Gylman. Symphor. tom. 2. part. 3 tit. 7. num. 35. in principis sententia loquens.*

Secunda fallentia, est primæ adfinis.

Nam quando manifesta iniustitia est, tunc à sententia Imperatoris, & aliorum, de facto superiorem non recognoscentium, ad Papam appellatur: qui secundum nonnullos est iudex competens, omnium superiorem non recognoscentium, ratione iniustitiæ & peccati, *Philip. Franc. ad rubr. de appell. mihi collat. 6. vers. sed limita omnia. Rob. Maran. de ordin. iudic. 6. part. in mater. appellat. num. 276.*

Verum neminem in Germania nostra comperimus, qui hoc remedio vsus esset: & forsan in omnem æternitatem nemo reperietur, qui tale aliquid tentaturus sit.

Tertio fallit in restitutione, *text. in ordinat. Cameræ. part. 3. cap. 52.*

Quarto fallit in reuisione, *ordinat. Camer. part 3. cap. 53.*

Quinto supplicari potest. Supplicationem autem omnem vel gratiosam & anomalam faciunt, quæ extraordinarium remedium est, tam latas obtinens habenas, quantum principi concedenti placet: Ergo & contra rem iudicatam admittitur, *Aufrer. ad Capell. Tholoss. decis. 480. Cæsar Contard. d. l. vnic. quæst. 8. nu. 15 & 16. C. si de moment. poss. Menoch. arb. iud. lib. 1. quæst. 52. per tot. Decian. consil. 47. n. 9. 14. 15. 21. lib. 1.* (ea decidendi ratione, quod duplex sit principis potestas, extraordinaria, & ordinaria, *Fortun. Garzia ad l. Gallus. §. & quid si tantum. nu. 290. 301. 311 ff. liber. & posthum. Alciat. in l. censere num. 3. ff. verb. significat. Couarru. in l. frater à fratre. num. 71. ff. condict. indebit. & libr. 3. var. resolut. cap. 6. num. 8. hac de re disputans Vasq. lib. 1. illust. quæst. cap. 26. Ar. Pinel ad rubr. 1. part. cap. 2. num. 20. 24. 25. C. rescind. vendit. collegium iuridicum Lipsense tom. 1. consil. var. German. consil. 37. num 25. 26. 27. Decian. d. consil. 47. nu. 14. 21. cum seq. lib. 1.*) vel ordinariam: *Gylman. symphor. tom. 2. part. 1. voto 7. nu. 32. & lib. 2. decis. Camer. 40. n. 83. Til. Benig. in aposp. prodrom. syntagm. 2. decad 4 voto 102.* quæ isto casu tribuitur, quando beneficium appellationis ob personæ excellentiam cessat, § *nostros tamen. in auth. de iudicibus l. vnic. C. sentent. præfect. prætor. l. si quis. ibi auth. quæ supplicatio, vtrobiq; Dd. C. de precib. imper. offer. Specul. tit. de supplicat. §. 1. in princ. Menoch. adipisc. remed. 4 n. 896. & de arbit. iudic. lib. 1. quæst. 7. n. 22 14. Cæsar Contard. d. l. vnic. q. 8. nu. 16. Rol. à Vall. consil. 29 nu. 1. 2. lib. 1 consil. 38 n 1. 2. 3. lib. 2. Decian consil. 47. nu. 9. lib. 1.* Aliud si remedium ordinarium iure communi exclusum sit, puta, I. quia quis non appellauit, *l. fin. C. vt lite pend.* II. si tres conformes sententiæ sint publicatæ, *tot. tit. in rubr. & nigro. C. ne liceat in vna causa tertio prouocare.* III. Si in causa momentaneæ possessionis pronunciatum sit, *Cæsar Contard. d. l. nunc. quæst. 8. per tot. addit. ad Capell. Tholos. decis. 480. num. 2.*

Sexto appellari potest à Sacra Cæs. Maiest. male informata, ad eandem melius informandam, *text. vnicus in iure nostro & proinde perpetuo notandus, in l. 1. in princ. vers. quid ergo. ibi, quia non aduersus principem, sed aduersus iudicis calliditatem prouocauit. ff. quando appell. sit. atque Canonizatus in c. biduum. vers. siquidem. 2. quæst. 6. & ita ex d. l. decidunt Bald. in l. fin. C. de relat. Thom. Gram decis. 35. Lud. Rom. consil. 521. Paris. consil. 118. n. 17. lib. 1. Decian. consil. 47. n. 11. & 12. lib. 1. magis com. dicit Gabr. Rom. lib. 1. recept. conclus. tit. de appellat. reg. 1. num. 3. idque fieri posse dicit Gylman. symphor. tom. 3. verb. Cæsaris cum Camera concursus. ad fin.* Quo tamen casu Camera non aditur, *idem Gylman. loco præcit.*

Ita scio, illustrissimos principes, duces Lunæburgicos, Hinricum & Guilielmum, in causa, inter ipsos ab vna, & ciuitatem Magdeburgensem atque Hamburgensem, ab altera parte vertente, Anno 69. mense Augusto, à Cæsare male informato, ad eius maiestatem melius informandam prouocasse.

Memini & alia illustria præiudicia.

Et hanc ſententiam multis Bodinus *de republic. libr.1.cap.10.* probat, ſcribens; in hunc modum, Græcanicum quendam hominem a rege Macedoniæ Philippo, & a Francisco II. rege Franciæ Ludouicum Burbonium, principem Condæum prouocaſſe.

Septimo querelari poteſt, *Til. Benig. in apoſp. prodrom. ſyntagm. 2 decad. 4. voto 1. num. 102. Gylman. ſymphor. tom. 2. part. 1. voto 7. num. 32. & libr. 2. deciſ. Cam. 40. num. 84* quod remedium in ſpecie acceptum, non tantum a ſupplicatione, ſed & ab appellatione differt, *Robert. Marant. de ordin. iudic. part. 6 in mater. appell. num. 12. & 114. cum ſequentib. Ludou. Schrad. de feud. part. 10. ſect. 4. num. 148.*

Difficilior quæſtio eſt, num nam à Sacra Cæſ. Maieſt. ad ordines totius Imperii appellari poſſit.

Videtur quod non: Cum ius extremæ prouocationis maieſtatis ſit: vt proinde fraude capitali teneatur, qui ſciens, prudens à ſummo principe prouocat, *Bodin. d. cap. 10. libr. 1. de republ. &c.*

Nonnullis videtur quod ſic: qui præcitatam dubitandi rationem cum aliis facile euitari poſſe iudicant.

Quo de argumento, hoc loci nihil amplius addendum.

Hoc expeditum eſt, concilium generale eſſe ſupra Papam: & ad illud à Papa poſſe recte prouocari, *apologia catholica Pariſiis Anno 1586. excuſa part. 2. fol 132. Innocent. Gentilletus in examine concil. Trident Geneuæ eodem Anno edita, libr. 1. fol 9. Crentzhem. chronolog. part. 2. libr. 6. fol 317. ibi* Beſchluß deß *concilii.* Quinimo Galli à Pontifice Romano, more maiorum, ad curiam Pariſienſem prouocare conſueuerunt, *quod author libri de poſtremis motibus Galliæ fol. 305. & præcitata apologia catholica part. 2. fol. 157. teſtantur.* Appellauit & rex Galliæ Philippus à Papa ad concilium, Anno 1302. *Ex Martino Polono & Tilio, Crentzhem. chronolog. part. 2. lib. 6 fol. 286 fac 2. ad fin ibi* Franckreich/ quod etiam Cæſar Ludouicus fecit, An. 1323. *Crentzhem. chronolog. part. 2. lib. 6. fol. 292. fac. 2. ad fin. & fol. seq. ibi* Der Keyſer nach gehaltenem Rath.

verſ. quarto quaero. Institut. iur. nat. gent. & ciuil. Bald. conſil. 355. libr. 3. Angel. conſ. 217. Alexand. conſil. 1. num. 29. libr. 5. conſil. 11. num. 9. libr. 7. Abb. conſil. final. circa princip. libr. 1. Iaſ. conſil. 236. prope fin. libr. 2. Matth. de Afflict. ad rubric. quaeſt. 6. num. 68. quæ ſint regalia. Dec. conſil. 403. num. 6. conſ 689. num. 22. Carol. Ruin. conſil. 99. libr. 1. conſ. 23. num. 3. & 11. conſ. 178. num. 8. conſil. 200. num. 2. libr. 2. conſ. 83. num. 2. lib. 3. & conſ. 134. num. 8. libr. 5. Curt. Iun. conſil. 1. num. 29. conſ. 61. num. 9. & conſ. 100. Socin. iun. conſil. 73. num. 24. libr. 1. Pariſ. conſ. 1. num. 25. & conſ. 69. num. 3. libr. 1. Dec. in cap. paſtoralis. in princip. de appellat. Roland. à Vall. qui plures alios adducit, conſ. 4. num. 3. libr. 3. & conſ. 29. num. 24. & 30. libr. 1. Ceph. conſil. 91. num. 44. conſ. 168. num. 39. conſil. 235. num. 23. conſ. 342. num. 30. conſ. 359. num. 64. Tiber. Decian. conſ. 2. num. 120. & late conſ. 47. num. 14. cum ſeqq. libr. 1. Andr. Gail obſeruat. pract. libr. 2. obſeru. 57. num. 7. Idem in lib. 1. de pace publ. vbi plura adducit, cap. 6. num. 10. Dominic. Magdal. dict. cap. 22. num. 8. part. 1. author. deciſ. Camer. nouiſſ. tom. 2. lib. 1. voto 6. fol. 625. num. 41. & vot. 8. num. 2. 3. fol. 798.

Aliis autem idem haudquaquam permittendum fuerit: quum conſuetudo aut ſtatutum contra ſubſtantialia & eſſentialia actuum, iure ciuili introducta, nihil poſſit, *cap. 2. ibi gloſſ. de conſuetud. in 6. Guilhelm. Benedict. loco præcitato. num. 7. Vaſqu. de ſucceſſ. progreſſ. libr. 2. §. 13. num. 11. Pecc. dict. cap. 12. num. 6. verſic. ſexta concluſio. in edit. autem nouiſſima cap. 27. num. 12.* vbi hanc ſententiam æquam & iuri valde conſentaneam eſſe dicit.

Nunc opinor huius fallentiæ materiam perſpicue eſſe declaratam. Doctores qui hanc tractant, omnia paſſim inter ſe permiſcent: & circa terminum, (captatoriæ voluntatis,) æquiuocatione ludunt. At fieri non poteſt, vt fallentia noſtra indiſtincte accepta, quemadmodum DD. intelligunt, vel affirmatiue vel negatiue vera ſit, aut defendi queat.

Sic autem breuiſſime, quo ad hanc, & cognatas materias, eſt diſtinguendum.

Aut quærimus de captatoria diſpoſitione, quæ proprie ita dicitur: & tenendum, ſtatuto aut conſuetudine eam induci non poſſe. Hæc veritas eſt, quicquid DD. contendunt.

Aut quærimus de teſtamentorum ſubſtantialibus, num ſtatuto aut conſuetudine tolli poſſint: Et hic attende.

Nam ſubſtantialia duobus modis dicimus, in genere, vt & ſolennia actus comprehendant: & in ſpecie, vt à ſolennibus diſtinguantur, *vt ſupra num. 12. verſ. intelligatur autem. & infr. num. 126.*

Si de

Si de solennibus testamenti quæritur, recepta sententia est, statuto & consuetudine ea tolli & immutari posse. *Vide Dd. relatos infr. n. 429. & quæ not. in l. si non speciali. & in l. fin. nu. 5. C. eod. & præ cæteris consule Alber. de Ros. & in d. l. fin. Ang. Aret. in tract. de testamen. glos. 6. p Domin. Magdal. in tract. de numer. testium in testam. requis. part. 1. cap. 22.*

p Angelus ibi multa vtilia tractat, de statuto testamenti solennitatem minorante: vtrum ad forenses pertineat, aut ad donationes causa mortis atq; codicillos: aut ad bona extra territorium: aut ad fideles & ciues Romanos, si infideles & populi Romani hostes, certam testandi consuetudinem habeant *Adde Dd. in l. si non speciali. & l. fin. C. eod. tit.*

Si de substantialib. quæ definitione testamenti cōprehenduntur, quæstio fit: puta, nū constitutione, statuto, aut cōsuetudine introduci possit, vt dispositio, aut substantia dispositionis testamentariæ, in alienū arbitrium conferatur? omnino subdistinguendum.

Nam de Cæsare res apud omnes certa est.

Idem indubitanter de iis tenendum, qui Cæsaris cautela & reseruatis in suis terris vtuntur.

De aliis autem magistratibus, quemadmodum & de statutis atque consuetudinibus res dubia est.

Aretin. vt dixi, Iason, Benedictus, Peccius tenent eiusmodi statuta aut consuetudines non consistere.

Contrariam sententiam multi tenent, *relati per Tiraquel. de legib. connub. gloss. 5. nu. 96.* quam receptiorem esse, ex iis constat, quæ *num. 36.* annotata sunt. Et scribit Peccius *dict. cap. 27. num. 12.* passim statuta eiusmodi mordicus defendi. Non etiam nulli hanc veriorem perhibent: quod apud me expeditum non est.

Primo namque ex Doctoribus hucusque vidi neminem, qui ad Aretini argumentum, ex *d. c. 2.* depromtum, bonam & sufficientem responsionem dederit.

Secundo iure speciali pupillaris & exemplaris substitutio introducta fuit: quemadmodum & materies *dict. cap. cum tibi.* iure piæ causæ priuilegiariæ communiter defenditur: At frustra iure singulari tribuitur & defenditur: quod iure communi fieri potest.

Tertio argumentatur post DD. Trentacinqu. *dict. cap. 2.* ex *l. captatorias. infr. hæred. instit.* quod Senatusconsulto Liboniano captatoriæ voluntates reprobatæ fuerint. Vnde infert, quod contrario iure seu statuto aut consuetudine probari possint: verum vt puto, non satis concludenter; quod satis ex iis constat, quæ *supra nu. 27.* annotata sunt: Omnino enim dispositio, quæ iure, ab alieno arbitrio pendere potest, ab illa, quæ per sceleratam captatoriam voluntatem introducitur, distinguenda erit. Et quæ de voto captandæ mortis alienæ Vasquius *d. §. 17. num. 36.* pro comprobanda recepta sententia adfert, ea ociosa sunt & remota.

Rectius Trentacinquius, *ex dict. l. illa institutio infr. hæred. instit.* ita fuisset argumentatus: Dispositio ab alieno arbitrio pendens, iure veteri est improbata: Ergo & probari iure ciuili potest.

Respondeo, talem dispositionem iure probari posse, cæteris paribus, vt factum est de pupillari & exemplari substitutione, & de materia *d. c. cum tibi.*

Deinde periculosa est hæc argumentandi forma: Hoc iure ciuili improbatur: Ergo iure ciuili recte etiam probatur: quod multis exemplis constare potest.

Quare Aretini, Iasonis, Benedicti, Peccii sententiam longe veriorem esse arbitror.

37 Hæc sententia limitatur, quando tertio alicui committitur electio *q* incertarum personarum de certis, puta, quidam pluribus hæredibus institutis, vnius fidei commisit, vt, cum moreretur, vni ex cohæredibus, cui ipse vellet, restitueret eam partem hæreditatis, quæ ad eum peruenisset. Vtilis hoc casu est testatoris dispositio. Nec enim in arbitrio eius, qui rogatus est, positum est, an omnino velit restituere, sed cui portionem restituat. Vt proinde non ius testamenti seu dispositio, sed factū potius electionis commissum intelligatur, *l. vtrum. r 8. §. cum quidam. infr. reb. dub. l. vnum s ex familia. 67. in prin. infr. de legat. 2. & in l. t hæredes mei. 57. §. fin. inf. ad SC. Trebell.*

D 2

q Supra dixi, Ius testamenti, id est, dispositionem, à facto, id est, ab electione, distributione, exequutione distinguendum esse. Vt institutio vnum ex filiis fratris, quem Titius eliget. Huic non committitur dispositio, 1. neq; quo ad hæreditatē, 2. neque quo ad personam honoratam, quam vniuersim certam esse, satis est.

r Quidam pluribus hæredibus institutis, vnius fidei commisit, vt quum moreretur, suam partem alteri restitueret. Dixit Caius vtile esse fideicommissum.

s Valet dispositio, vt vni ex familia fideicommissum restituatur.

t Ibi restituenda hæreditas omnibus filiis, vel vni.

Trebell. l. u *fideicommissaria.46.§.fin. infr.fideicom. libert. Cyn. in d.l.captatorias. ibi Bart.num.1. Castrens.num.3. Alex.num.6. Ias.num.5.C.testam.milit. Bart.in d.l. illa institutio.num.9. & in l.captatorias. ibi Bald. infr. hared.instituen. Bart.in d.l.vtrum. §.cum quidam. Bart.in d.l.captatoria.ibi Castrens.infr.legat.1. Matth. de Afflict.decis.371.num.5.6. Angel.in tract.de testam.gl.16. Paris.d.cons.38.num.1. vsque 20.qui communem dicit, & num.49.vbi notanter limitat, & cons.45.num.13. libr.3.Ioan.Crot.cons.11.num.15. Couarr.c.cum tibi.num.11. vbi ipse etiam declarat. extr.eod. Guilhelm.Benedict.d.cap.Raynutius.verb.condidit el 1.num.4. Pecc.de testam.coniug.loco pracit. nu.5.vers.secunda conclusio. Graff.d.§.institutio. quast.16. num.6. Et adde, qua dico infra circa haredis institutionem, requisito 2. declaratione 5.*

u Fideicommissaria libertas valet, si ita detur, vt ex tribus seruis hæres duos, quos velit, manumittat.

Hæc est cotidiana materia, in legatis ad pias causas nihil est vsitatius, quam vt illi, qui ad pias causas relinquunt, certis personis dispositionem electiuam committant: puta, do centum pauperibus, qui hic sunt, quos frater meus elegerit. Hanc materiam habet *Cynus in d.l.captatorias.* & omnes DD. hinc inde de hac quæstione tractant.

Fallit III. Nam in voluntatem hæredis institutio recte confertur, x *l.verba hac.12. infr.condit. institut. Couarr.in c.cum tibi. nu.6. vers.eadem glossa. extr.eod. Petr.Gregor.in syntag.iur. part.3.lib.42.cap.2.num.4.*

x Non est hæc repetitio ociosa. Supra enim in primo requisito ad *l. illa institutio.* egi de requisito substantiali: & dixi, decisionem illam requirere, vt in arbitrium tertii dispositio cōferatur. Hic propono limitationem de hærede.

Nolenti dari nihil potest, eripi potest. Hæc verba, *si volet*, etiam non expressa in voluntario hærede semper insunt. Ita etiam legatum in arbitrium legatarii recte confertur.

Fallit IV. Nam licet quis per alium testari non possit: tamen alii consentire possum, vt de bonis meis sibi testamentum faciat, *arg. l.sicut. 8. §. venditionis. supr. quib.mod.pign.vel hypoth.sol. Guilhel.Benedict. d.verb.condidit. el 1.nu.2. Euerh.cons.60.nu.11. Pec d.cap.12.num.7.*

Fallit V. In contractibus. *Cyn.in l senium.nu.5.6. C.qui testam.fac poss. Zas. in l. si quis arbitratu.nu.4.cum seqq. infr. verb.oblig.*

Fallit VI. Nam testator mandare potest, vt voluntas sua, quam explicuit, ordinetur & scribatur ad dictamen vel consilium sapientis, aut alterius, de quo confidit, *late Bartol. in d. leg. illa institutio. num. 1. cum seqq. infr. hared. instituen. Benedict. d.verb.condidit. el 1. num.12. Pecc. d.cap.12. num.5. vers. tertia conclusio.*

Fallit VII. In materia *c. cum tibi.12. extr. hoc tit.n.*

Post primam editionem reperi præstantissimū ICtum Andream Fachineū controuersiarū iuris *part.2.lib.5.ca.57.* satis feliciter hanc decretalem *cum tibi.* resoluisse. Quæ autem antea annotaui pro diiudicandis Dd. interpretamentis mutare nolui.

Hæc Decretalis omnium, vt opinor, earum, quæ in materia vltimarum voluntatum extant, maxime dubia est. Referuntur eius intellectus plures. 38

I. Est, quod testamentum ex benignitate Canonica valeat nutu conditum: quum alias testamentum nutu fieri nequeat. *Ita gl. ibi. addit e Couarru. num. 4.* Sed hunc recte reprobat *Panormit.ibi.*

II. Intellectus, quod testamentum valeat, qualitercunque de testatoris voluntate constiterit, & quod illis verbis, quæ in Decretali extant, hæres institutus intelligatur. Ad hunc intellectum adducit Innocent. 1. *l.cum pater.77.§.donationis. inf.legat.2.* Ibi mater epistolam donationis prædiorum in æde deposuit: & literas ad ædituum misit his verbis: Instrumentum voluntatis meæ post mortem meam filio tradi volo. Dixit Iureconsultus fideicommissum relictum intelligi. Argumentum Innocentii tale est: Verbis *d.§.donationis.* inducitur fideicommissum. Ergo & verbis *d.cap. cum tibi.* inducitur institutio. Est argumentum, quod quatuor aut quinq; terminos habet: & alias maxima inter hos casus diuersitas est. 2. Secundo alii adducunt *l.his verbis.48. infr. hared.instit.* His verbis, inquit Iureconsultus, Titius hæreditatis meæ dominus esto, recte institutio fit. Inde elicitur regula: Non referre, quid ex æquipollentibus fiat: Sicut ergo valet testamentum, quando dico: Titius hæreditatis meæ dominus esto: Ita debet valere, si testator vtatur aliis æquipollentibus; puta, Bona mea committo dispositioni tuæ. Hanc lecturam dicit esse coloratam *Panormit. ibi.* Sed prorsus absurda est. Neque

enim

enim textus hoc dicit, quod testator bona sua commiserit dispositioni alterius: Sed ita verba habent: in secunda quæstione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videatur decedere intestatus.

III. Intellectus est, quod in arbitrium tertii conferatur, non quidem ipsa essentia dispositionis, sed tantum tribuatur electio incertarum personarum de certis, quod iure optimo fieri potest, *dict. l. vtrum. 8. §. cum quidam. infr. reb. dub. l. vnum ex familia. in princip. infr. legat. 2. l. hæredes mei. §. final. infr. ad SC. Trebell. l. fideicommissaria. §. final. infr. fideicomm. liber.* Hic à multis illustribus Iureconsultis tenetur, *videatur Couarru. dict. c. cum tibi. num. 11.*

IV. Aliqui existimant, *in c. cum tibi.* ipsam dispositionis essentiam in alterius arbitrium fuisse commissam, quod licere putant fauore piæ causæ: puta, si ita dicat: instituo hæredem Ecclesiam Sancti Iacobi, si Titius voluerit. Hunc sensum *Bartol.* alicubi probat, puta, *in l. vtrum. §. cum quidam. infr. de reb. dub. & in l. captatoriæ. infr. de legat. 1.* licet in hac materia suorum dogmatum consonantiam non vsque adeo bene tueatur. Nam alias magis circumspectus est, ad Innocentii intellectum sese referens communiter approbatum, puta, *in l. captatorias. infr. hæred. instit. Idem in l. Theopompus. num. 6. infra dot. præleg. & in leg. 1. num. 64. C. SS. Eccles.* Ita etiam Bartolum intellexit *Bald. in l. & in epistola. num. 2. C. fideicomm.* Bartolus (inquit ille) dicit, quod vbicunque ad pias causas valeat dispositio captatoria: quod intelligit de distributoria, non quod possit facere aliquem hæredem vniuersalem testatori. Hæc Baldus. Nec immerito ita Bartoli sensum interpretatur, quum, vt dixi, ad opinionem tertiam Innocentii ille respexerit, quæ profecto eius sententiæ non est, quod tertio ipsa dispositionis essentia committi possit. Et rectissime monet post alios *Petr. Gregor. in syntagm. iur. part. 3. libr. 42. c. 2. nu. 4.* textum *d. c. cum tibi.* hoc non dicere.

V. Intellectus est, quod fauore piæ causæ legata in alterius arbitrium conferri possint. Hunc magis communem intellectum dicit *Couarr. d. c. cum tibi. nu. 12.* Hic non longe recedit à primo intellectu Innocentii.

Opponit *Ias. in l. captatorias. nu. 12.* textum *c. cum tibi.* de pia causa nullum verbum facere. Meram ergo diuinationem esse id, quod DD. de pia causa commentantur.

Ergo porro oppono, quod Pontifex dicat, illum non decessisse intestatum: præsupponit ergo ibi hæredem institutum, non loquitur de solis legatis, neq; quæstio ea de re est, sed an is testatus, vel intestatus decesserit. Neq; obstat, si dixeris, in genere atque improprie eum quoque intestatum decessisse intelligi, qui legata relinquit. Quia replico: verba in dubio proprie & in potentiori significatu esse accipienda.

VI. Intellectus est, quem Innocentius secundo loco refert. Summa hæc est: licet institutio expresse in alienum arbitrium non conferatur: tamen id tacite bene fieri posse, per hæc verba: committo tibi dispositionem omnium rerum mearum. Adducit argumentum, *l. si quis Sempronium. 68. infr. hæred. instit.* & adduximus supra.

Respondeo, 1. Ipsum Innocentium ab hoc intellectu recedere. 2. Ipsum male thema Decretalis nostræ referre. Non enim verba sic habent: Committo tibi dispositionem omnium rerum mearum. Sed ita: qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, &c. Manifestissime hæc differunt: si quis extremam voluntatem in alterius voluntatem committat: Et si quis bonorum suorum dispositionem alteri committat. 3. Respondeo, minime concedi aut posse, aut debere etiam, quod thema *d. c. cum tibi.* pro tacita dispositione sit: & casui *d. l. Sempronium.* æquiparetur. Quid enim magis expressum est, quam si quis voluntatem suam in alterius dispositionem committat? 4. Respondeo, ita demum tacite in tertii arbitrium dispositionem referri: si magis in factum quam in voluntatem referatur.

VII. Intellectus est Innocentii, quem ille tertio loco refert, à DD. communiter receptus, de quo mox videbimus.

Sunt alii etiam intellectus. Nam Innocentius aliquot, Panormitanus tres refert, alii alia adferunt. Baldus noster *in dict. leg. in epistola. num. 2.* cum retulisset Bernhardi & Innocentii opiniones, tandem addit: Ecce, ex istis variis conclusionibus nullam habemus certam.

Etsi autem Decretalis hæc multos intellectus habebat, tamen creberrime in eam Innocentii opinionem itum est, qua statuitur bona sua alterius dispositioni committentem, intelligi eum hæredem nudum instituisse, vt in pias caussas eadem bona distri-

distribuat. Hunc post Innocentium tenet *Abb. & DD. d. c. cum tibi. ibi Couarru. num. 11. ad finem.*

Hic Innocentii intellectus conflatus est ex quatuor punctis, quorum vix vnus iure satis defendi potest.

I. Innocentius præsupponit factum tale: quod testator his tantum verbis vsus sit, quæ in Decretali referuntur: puta, Extremam voluntatem meam in tuam dispositionem committo.

Ex hoc autem facto sequitur, Innocentium de voluntate testatoris in animo retenta & inexplicata sensisse.

Atqui hoc ex textu non probatur, quod hæc verba testatoris fuerint: quin potius verba Pontificis sunt, de iure respondentis.

Neque obstat, si exceperis, Papam referre quæstionis sibi propositæ verba, & deinde causam decidere. Quia replico, hanc esse principii petitionem.

Papa refert summam thematis sibi propositi, quod aliquis voluntatem extremam alterius dispositioni commiserit. Testatorem autem illis verbis vsum esse, textus non dixit, neque ex eo bona consequentia demonstrari potest.

Quod si thema Innocentianum subsisteret, & testator illis tantum, quæ in textu referuntur, verbis vsus fuisset, necessario, vt Innocentius & alii communiter sentiunt, textus de voluntate in animo retenta vel inexplicata accipiendus esset, quod, vt pluribus illustribus Iureconsultis videtur, defendi non potest. Idq; tribus de causis.

1. Dicitur *in d. c. cum tibi.* de extrema voluntate, quod illa alterius dispositioni commissa sit. Ergo de voluntate explicata summus Pontifex locutus est. Nam voluntas, vel actus morientis non potest pendere ex consensu viuentis, nec vnus actus potest implicare actum viuentis & morientis. Nam non esset mera vltima voluntas, *l. fin. C. comm. præd. Bald. in l. 1. in repet. nu. 52. C. SS. Eccles.*

2. Summus Pontifex dicit, illum testatorem decessisse testatum, & sic cum testamento atq; hæredis institutione. At testamentum est voluntas vnius non plurium, *Bald. in d. l. 1. in lect. nu. 29. Idem in repet. nu. 44. vsq; 54. & maxime num. 50.*

3. Si Innocentianum thema recipimus, maximam iuris ciuilis correctionem inducimus, idque per intellectum subauditum. Atqui quod expresse non corrigitur, id manet incorrectum, & iura iuribus concordanda sunt. Quare videtis factum, quod sibi imaginatur Innocentius, ex textu non probari.

Quum autem ex facto ius oriatur, facile quilibet intellexerit, quæ ille de iure adfirmat, non vsque adeo bono niti fundamento. Vno enim inconuenienti dato, infinita sequi necesse est. Sed pergamus ad reliqua.

II. Constituto hoc themate, Innocentius porro sic colligit: Quum hæc sint testatoris verba, & ille præterea nihil disposuerit: Summus autem Pontifex dicat, cum decessisse testatum: hinc ergo colligit, illum ipsum esse hæredem, cuius dispositioni vltima voluntas commissa est.

Is enim decedit testatus proprie, qui hæredem instituit. At hic, (ita enim ratiocinatur Innocentius, & alii, qui ipsum sequuntur) nullis aliis verbis testator vsus est, quam quæ in Decretali referuntur, & nullius alterius personæ mentio facta est, quam eius, cuius dispositioni vltima testatoris voluntas est commissa.

Ergo is hæres institutus est: & quidem illis verbis, quæ in Decretali referuntur.

Huic sententiæ aliqui colorem adhibent ex *d. l. cum pater. § donationis. ff. legat. 2. & d. l. his verbis. ff. hæred. instit.*

Cæterum contra hoc dogma Innocentianum, ex malo deductum fundamento, quod & ipsi quidem authori non satis placuit, ego vos hoc notare velim: Si is, cuius dispositioni vltima voluntas in Decretali nostra committitur, hæres est, tum necesse est, vt habeat voluntatem testatoris, I. aut expressam, II. aut præsumptam. III. aut interpretatam.

At nullam habet.

Non ergo hæres est.

Quod 1. expressam voluntatem non habeat, id in confesso est. Nam si res certa esset, nullis disputationibus DD. opus foret. In incertis enim atq; dubiis, non in iis, quæ certa sunt, coniecturis & disputationibus vtimur. 3. & 4. de iuris quoq; præsumpta aut interpreteta voluntate etiam, vt dubitemus, nulla ratio facit.

Nullus

Nullus enim iuris textus adduci potest, quo doceatur, his verbis: vltimam meam voluntatem tuæ dispositioni committo: præsumptam aut interpretatam voluntatem induci. Neque authoritatis priuatæ est iuris fictiones aut interpretationes inducere.

Quod si exceperis ex textu *d.c. cum tibi.* satis probari doctrinam Innocentii: Replicabo ego, te principium petere. Nego thema Innocentianum, nego ius, quod ille sine iuris authoritate inde deducit.

Quare aliunde, quam ex eo, quod in controuersia positum est, id, de quo quærimus, demonstrandum fuerit. Quanquam ego quidem libenter me doceri paterer, si quis præcitatam Innocentii doctrinam ex textu nostro bona consequentia demonstrare posset. Non enim libenter à receptis doctrinis recedo.

Notate ergo I. thema Innocentii, quod is verba textus nostri verba testatoris esse censuerit, ac proinde voluntatem extremam de voluntate inexplicata atque in animo retenta intellexerit. II. Obseruate & hoc, vnde Innocentius colligat, illum, cuius dispositioni extrema voluntas commissa est, hæredem esse. Hoc ille desumpsit 1. ex verbis textus, dum dicit Papa, illum decessisse testatum: Ergo herede instituto. 2. ex themate, quod sibi fingit. Existimat, verba Papæ esse verba testatoris, & ibi nihil aliud fuisse dispositum, quam quod testator dixerit: extremam voluntatem meam tuæ dispositioni committo.

III. Poterat aliquis Innocentio opponere: tu dicis, hunc, cuius dispositioni vltima voluntas commissa est, hæredem institutum intelligi: Atqui hoc verbis textus repugnat. Textus enim loquitur de dispositione, & dicit, extremam voluntatem illius dispositioni esse commissam. Porro, si hæres esset, non cogeretur de bonis testatoris dispositionem facere: sed ipse bonis pro suo arbitrio vteretur.

Innocentius ergo, vt hunc obicem tollat, fingit, hunc quidem hæredem esse institutum, sed solo nomine: & huius institutionis hunc esse effectum, vt hæres bona aliis distribuere cogatur. Hæc ita dicit ille, vt verbis textus satisfaciat. Et intelligit quidem dispositionem de executoria & distributoria, in quo multis rectè sensisse videtur, quod & ego probo.

Hinc autem notabitis, Bart. non vsque adeo circumspectum fuisse, dum Innocentii intellectum probat: & tamen contendit, ex hoc textu probari, quod captatoria voluntas iure ciuili ad pias causas valeat. Captatoria, id est, ab alieno arbitrio pendens. Nihil enim tale Innocentius sensit: Sed putauit, illum, cuius dispositioni voluntas commissa est, hæredem eo ipso à testatore institutum, & tantum dispositionem executoriam illi esse commissam: quæ profecto non est dispositio, quæ ab alieno arbitrio pendet: Nam, vt iam didicimus, illa dispositio ab alieno arbitrio pendet, cuius substantia in alterius voluntatem posita est.

Omnes DD. nemine pene excepto, ex hoc textu hanc regulam extruunt: Quod ad pias causas captatoria voluntas valeat: & ad hoc Innocentium adducunt. Sed videtis, quam grauiter sint hallucinati, non satis expensa Innocentii sententia.

IV. Quum Innocentius intelligeret, hæc, quæ circa *d.c. cum tibi.* traderet, à iure vehementer abhorrere. Primum enim sciuit, nullo iure relatum esse, quod testator his verbis vtens (extremam voluntatem meam in tuam dispositionem committo:) testari, vel testatus decedere intelligatur: Secundo facile quoq; intellexit, parum iuri congruere, quod is, cui illis verbis alienæ voluntatis dispositio commissa esset, hæres institutus intelligeretur: Quum, inquam, hæc Innocentius intelligeret, tertio addit, hunc textum esse accipiendum de dispositione ad pias causas, quæ legibus soluta sit. Nam in aliis causis hæc non posse defendi, sensit. Videatur etiam *Bart. in l. 1. num. 64. C. SS. Eccles.* addatur & *Guilh. Bened. in d. c. Raynutius. d. verb.*

Verum rectè excipiunt alii, in textu de pia causa nullum extare verbum: ideoq; meram diuinationem esse, quod Innocentius & DD. cum eo, de pia causa adferunt: Videatur *Bald. in d. l. 1. in lect. nu. 39. & in repet. num. 44. vsq. 54. C. SS. Eccles. & alibi passim in locis inf. dicendis. Ias. in l. captatorias. nu. 12. C. testam. milit.*

Et sic videtis Innocentianum intellectum iure non defendi posse, licet eum omnes fere DD. hodie sequantur: durissimum tamen est à receptis DD. sententiis recedere.

Dicam ergo quid hic receptius, dicam, quid salua rectius opinantium censura, hac in re verius esse putem.

Sed obseruandum huius Decretalis in facto & iure sensum perquam intricatum esse.

1. Primum enim visum est aliquibus, huius textus authoritate testamentum nutu y conditum, ex benignitate Canonica subsistere: quod recte *Panorm. & cateri* reprobarunt.

2. Nonnulli existimant, z verbis huius Decretalis hæredem institutum intelligi eum, cuius dispositioni vltima voluntas alterius commissa erat, *arg. l. his verbis. 48. infr. hæred. instit. & l. cum pater. 77. §. donationis. infr. legat. 2.* Quam lecturam coloratam a *Panorm ibi* dicit. Hic si verus sensus esset, nihil quicquam decisioni textus, priuilegio piæ causæ opus esset, *l. 1. infr. ad municip.* ad quod tamen omnes omnino scribentes tam Legistæ quam Canonistæ hic confugiunt.

y 1. Dispositio ad interrogationē alterius, vel nutu, vel aliter facta, propria disponentis dispositio est.

2. At in textu nostro dispositio in alienam volūtatem refertur.

z Si iure communi hæc verba vim institutionis habent, nihil priuilegio opus. Sed priuilegio piæ causæ est opus, vt omnes fatentur. Ergo iure communi non valent verba in vim dispositionis.

a Nihil refert quid ex æquipollentibus fiat. Sed æquipollent hæredis institutio & dispositio testatoris *in d. c. cum tibi.* Ergo illa dispositio idem valet, quod hæredis institutio.

Deinde neque de facto constat, quod verba in textu relata, ipsius testatoris sint: neque (vt maxime de eo liqueret) iura relata cum eo themate quicquam haberent commune.

3. Tertio alii magis communiter putant, fauore piæ causæ legata in alterius arbitrium conferri posse, eumq; textus sensum esse, vt retulit *Couarr. ibi. nu. 12.* Quę sententia non longe à primo intellectu Innocentii recedit.

Verum, vt omittam, quod plures alii annotarunt, in textu de pia causa nullum extare verbum: hoc certe constat, eum, de quo Decretalis refert, non decessisse intestatum: Ergo cum testamento decesserat: & quod huius consectarium est, hæredem instituerat. Neque enim textus de solis legatis agit, de quibus ibi nulla quæstio fuit: sed an is, de quo mentio habetur, testatus vel intestatus decesserit.

4. Quarto *Bart.* textum de ipsa dispositionis essentia, in alterius voluntatem collata, accipit: vt, si quis dicat: instituo hæredem Ecclesiam S. Iacobi, si Titius voluerit. Ita sensit *in l. vtrum. §. cum quidam. inf. reb. dub. & in l. captatoria. infr. legat. 1.* Et hunc intellectum *Angel. in tract. de testam glos. 15. nu. 2. 3.* alii sequuntur, relati per *Couar. d. c. cum tibi. num. 12. prope fin. Nepos à Monte Alb. de excep. c. 20. n 19.*

Etsi autem hic sensus b iure facile defendi queat: quum pia causa regulis iuris ciuilis haudquaquam subiiciatur, vt nisi clare testator de libero tertii arbitrio senserit, voluntas, in quam dispositio remissa est, pro arbitrio boni viri accipiatur, quæ Canonistarum atque Legistarum sententia est, erudite explicata a *Couarr. loco pracit.* Vnde etiam vulgatissima theorica deducitur: Quod voluntas captatoria (id est, ab alieno arbitrio pendens) fauore piæ causæ sustineatur, *arg. l fideicommissaria. c 46. in princ. inf. fideicommiss. libert. & l. 1. infr. legat. 2.* Quam opinionem veriorem *Alexand. d. l. captatorias num 4. C. test. milit. & consil. 14. num. 7. libr. 1.* atq; magis communem *Ias. in dict. leg. captatorias. num. 12.* communem & tenendam dicit: *Dec. dict. l. captatorias num. 19 & 20. Tiraquell. de priuileg. pia causa. priuileg 64. Matth. de Afflict. decis. 371. num. 5. Benedict. d c. Raynutius. verb. condidit. el 1. nu. 8. Pecc. d. loco pracit. vers prima conclusio.* Tamen hanc sententiam ex Decretali nostra haudquaquam probari constat, *Petr. Gregor. in syntag. iur. part. 3. lib. 42. cap. 2. num 5.*

b Iason, Riminald. & alii, qui cōtra tenent, malo nituntur fundamento, aientes, hanc decisionem cum bonis moribus pugnare. Nimirum confundūt inter se dispositionem captatoriam, & eam, quæ ab alieno arbitrio pendet.

c Fideicommissaria libertas ita potest dari: Hæres si volueris, fidei tuæ cōmitto, vt Stichum manumittas, quāuis nihil aliud in testamento ex nutu hæredis valere possit. Sed bonum est argumentum à lib. ad piam causam.

Verum

Verum enim est, quod *Bald. in l. 1. in lect. num. 39. & in repet. num. 44. cum seqq. & Iaſ. d. l. captatorias nu. 12. C. milit. test.* contra hunc intellectum excipiunt, textum de pia causa nihil meminisse.

5. Quinto, Aliqui textum ita accipiunt, vt licet institutio expresse in alienum arbitrium conferri nequeat: id tamen tacite fieri possit, *l. si quis Sempronium. 68. infr. hæred. instit.* Quem sensum *Innocent.* secundo loco retulit, à quo tamen ipse discedit. Si enim verba in textu relata, ipsius testatoris esse contenderimus: haudquaquam tacite, sed expresse potius ipsa dispositionis substantia in alienum arbitrium collata dicetur.

6. Sexto, Innocentius alium intellectum tradidit: quod in casu huius Decretalis is, in cuius dispositionem alterius voluntas commissa est, intelligatur nudus & solo nomine hæres institutus, vt in pias causas eadem bona distribuat: Quod cæteri eatenus admittunt, nisi verba testatoris liberum arbitrium inferant, aut alias refragentur. Et hunc intellectum, post *Innocentium, Abb. & DD. d. c. cum tibi. ibi Couarr num. 10. & 12. versic. verum.* sequitur *Bart.* sibi parum constans, *in l. 1. n. 64. C. SS. Eccleſ. l. captatorias. infr. hæred. instit. l. Theopompus nu. 6. inf. dot. præleg.* qui hodie receptissimus est, vt passim DD. attestati sunt. Et hunc sensum latissime firmat *Pariſ. d. conſ. 38. n. 20. cum seqq.* vbi dicit, intellectum esse communem. Imo ab omnibus teneri, & sic esse practicam, *Guilh. Bened. d. verb. condidit. nu. 8. Soarez in theſauro recept. ſenten. litera C. num. 10. Graſſ. d. §. institutio.*

In practica nemo obtinebit, aut contra illam theoricam: quod dispositio captatoria, id est, ab alieno arbitrio pendens, ad pias causas valeat: aut contra hunc intellectum Innocentianum communissime receptum.

Differunt hæc, quod bene notabitis, cum à DD. confundantur. Multi dicunt captatoriam dispositionem ad pias causas valere, & ad hoc Innocentium adducunt, in quo falluntur.

Innocentii intellectus nihil tale probat. Ipse enim existimat, illis verbis, quæ in Decretali ponuntur, hæredem institutum intelligi eum, cuius dispositioni vltima voluntas sit commissa. Ergo non vult, dispositionem captatoriam ad pias causas valere. Quo enim iure captatoriam eam dispositionem dixeris, vbi ab ipsomet testatore hæres instituatur. Quod autem addit, bona distribuenda pro hærede ad pias causas, id dispositionem captatoriam (vt DD. loquuntur) non facit, vt didicistis. Illa dispositio dicitur ab alieno arbitrio pendere, cuius essentia in alienum arbitrium est collata, non quando executio vel distributio alii permittitur.

Etsi autem hic intellectus Innocentii omnibus iis, qui huc vsque relati sunt, in eo præstet, quod dispositionem tantum executoriam, non eam, cuius substantia alienæ voluntati commissa est, probet: Tamen quod ille de hæredis institutione docuit, vix iure defendi posse videtur.

Tum (1) quod, vt dixi, haudquaquam pareat, testatorem illis verbis, quæ in Decretali referuntur, vlum, & nihil præterea disposuisse: quod interpretes pro constanti assumunt: Quin potius Pontificis ea verba sunt, propositam sibi quæstionem definientis.

Tum (2) quod in textu de extrema morientis voluntate mentio habeatur. At actus morientis non potest pendere ex consensu viuentis: nec vnus aliquis actus implicat actum viuentis & morientis: Nam non esset mera vltima voluntas, *Bald. in l. 1. in repet. num. 52. C. SS. Eccleſ.*

Tum (3) quod nullo iure relatum sit, eum, in cuius dispositionem extrema voluntas alterius confertur, aut expressam, aut præsumptam, aut interpretatam testatoris voluntatem habere, vt ipse hæres sit. Quæ enim huc referuntur iura, ad rem nihil pertinent.

Alii

Alii ergo septimo & vltimo textum *d.c.cum tibi.* ita exponunt, vt cum iure ciuili conueniat, puta, de dispositione aut ordinatoria, cuius materiam in fallentia præcedente attigimus, aut executoria, de qua supra circa requisitum tertium, *d.l.illa institutio.& in limitatione 2.* exposui. Ita tenet *Bald. in d.l.1. in lectura.num.39.& in repet.num.44.cum seqq.C.SS.Eccles. Idem Bald. in d.l. captatorias.num.2. vbi eandem sententiam post alios tenet Riminald. veriorem dicens opinionem, & Iason num.12. Idem Bald. d.l. & in epistola.num.2. C.fideicomm. Bald. in l. executorem.num.7. C. execut. rei iudic.nec dissentit bene perpensus in d.l.captatorias. infr. hæred. instit. & hanc maxime sequitur Petr.Gregor. in syntagm.iur.part.3. lib.42. num.5.*

De eo.) Addit Iureconsultus definitioni materiam circa quam, dum testamentum voluntatis sententiam esse dicit de eo, quod quis fieri velit. *Bologn.ad rubr. num.5. infr. liber. & postum. Idem in l.nemo potest. num.4.versic. quartum est.infr.legat.1.* De eo, id est, omni, *gloss. &* d *Bart. hic.num.1.* puta, de hæreditate, *Bologn.locis præcitatis.* quæ est successio in vniuersum ius, quod defunctus tempore mortis habuerit, *l.nihil.24. ibi gloss. Alciat. & Delrio in remiss. inf. de verb.sign.l.hæreditas.63.ibi Bulgar. & cæteri.inf.reg.iur. Vasq. de succes. creat.lib.1.in præfat.nu.9.Vacon.lib.3.declarat.cap.48.nu.16 Grass.lib.recep.sentent. §.hæreditas.quæst.1.* Quæ bona expositio est, nisi hic testamenti statuatur differentia, quo sensu ab Accursio & Bartolo conuellitur. 39

d Accursius & Bartolus hanc expositionem quidem referunt, sed improbãt. Est autem bona expositio eo sensu, quo hic adhibetur. Est interpretatio peruersa, eo respectu, quo à glossatore & Bartolo conuellitur, obiectiones tamẽ glossatoris & Bartoli examine opus habẽt.

Duæ sunt exceptiones Bartoli & glossatoris contra præcitatam expositionem. Prior est, quod fideicommissum etiam, atque donatio caussa mortis vniuersales dispositiones esse possint. Vt proinde in allata interpretatione, differentia testamenti consistere nequeat. De altera paulo post dicetur. De eo, id est, vniuerso. Non est, inquit Bartol.bona expositio: Quia potest esse fideicommissum vniuersale, & donatio causa mortis vniuersalis, & tamen non est testamentum. Fateor, hanc oppositionem bonam esse, si quis contendere vellet, in expositione allata testamenti differentiam contineri. Cuiusque actus in iure peculiaris differentia est, in cæteris iuridici actus conuenire possunt. Testamenti differentia est, quod iusta sit sententia: fideicommissi, aut donationis causa mortis, aliæ sunt. Saluis autem differentiis, in eo conuenire possunt, quod omnes sint actus vniuersales. Ita obligationes, quæ re contrahũtur, omnes in eo conueniunt, quod re contrahuntur, sed suis differentiis secernuntur. Idem est de aliis, quæ consensu contrahuntur. Ita omnes vltimæ voluntates, puta, testamentum, fideicommissum, legatum, & cætera, in eo conueniunt, quod post mortem demum effectum habeant, & ambulatoriæ sint: sed tamen suis propriis secernuntur. Hæc obseruanda sunt, vt glossatorem & Bartolum recte intelligamus.

e Definitur hæreditas successio in vniuersum ius. Ergo hæres successor iuris vniuersalis. Quum ergo testameto statuatur iuris successor, quomodo fieri potest, vt in re certa, hærede instituto, testamentũ dicatur, nisi iuris interpretatione dispositio ad vniuersam hæreditatem trahatur?

Cæterum quod glossa & Bart. nihil referre dicunt, vniuersim ne an in re certa hæres instituatur: quum vtrobique institutio vel vere, vel iuris interpretatione vniuersalis sit, *l.1.§ si ex fundo. inf.hæred.instit.* Id allatam interpretationem non euertit, sed confirmat, quæ & iuribus præcitatis *e* & sententia Vlpiani nititur. Si ex fundo (inquientis) fuisset aliquis solus institutus, valituram institutionem, sed detracta fundi mentione. Neque tamen hæc sententia perpetua est, sed in re dubia solum procedit. Ergo si certa testatoris voluntas sit, quod hæres nihil præter fundum, in quo institutus est, habere debeat, institutio in totum vitiatur, & reducitur res ad causam intestati, *Bart.notanter in l.quoties.§.si duo.nu 1. & 6.infr. hæred.instit. Rainald. Cors. lib.3. indag.iur.cap.18. num.3.* Quam magis communem & veriorem post alios dicit *Grass.lib.recept.sent. §.institutio.quæst.21. nu.3.quæst.22. num.10.* f

Sic

f Posterior oppositio glossatoris & Bartoli est: Quod nil referat, vtrum in re certa vel vniuersaliter hæres instituatur: quum semper sit vniuersalis. Resp. 1. Ergo bona est expositio: Quia obiectio Bartoli infert semper vniuersalẽ esse debere institutionẽ, vel re ipsa, vel iuris interpretatione. 2. Hoc de re certa non esse perpetuũ, sed tantũ in re dubia, procedere.

10 Sic igitur in proposito, vbi scilicet de instituto in re certa quæritur, distinguendum fuerit: quod aut solus, aut cũ aliis institutus sit. *g* Nam si vnus dũtaxat hæres, nullo dato vel adiecto cohærede, institutus sit, ex asse facta institutio censebitur, licet expressum id nõ fuerit, *h Bart. & DD. in l. quoties. C. hæred. inst. Bart. & DD. in l. ex facto. la grande. inf. eod. Ruin. cons. 54. n. 6. & 8. lib. 2. Cephal. cons. 436. n. 9. & per tot. Duaren. ad tit. qui testam. fac. poss. sub rubr. de hær. inst. ca. quomodo hæredes instituendi sint. vers. superius diximus. Idem de iure accrescendi lib. 1. c. 4. Bellon. lib. 4. supputat. cap. 18. n. 1. cum seq. Leon. in materia substitut. compen. n. 220. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 4. t. 3. n. 17. Brisson. lib. 7. formul. §. sed & si vnus. fol. 665. Alph. in collec. n. 815.* Communẽ dicunt *Gomez. tom. 1. cap. 10. n. 8. Grass. d. §. hæreditas. qu. 3. n. 2. & d. §. institutio. q. 22. n. 1.* Quum n. hæres successor iuris sit, *l. quoties. 9. §. hæredes. inf. hær. inst.* & succedat in vniuersum ius defuncti, per prædicta: ex re certa non potest quisquam hæres esse, *d. l. 1. §. si ex fundo. Duaren. d. cap. 4.*

Amplia I. Nam sicut institutio, ita etiam substitutio facta de re certa, ad totam hæreditatem trahitur, *l. cohæredi. 41. § fi. inf. vulg. & pupill. Rolandin. de vlt. volun. rubr. 11. n. 16. Dilect. de arte testandi. tit. 5. de substit. caut. 10. Bellon. lib. 4. supput. cap. 18. n. 1. Franc. Mant. de coniect. vlt. volun. lib. 5. tit. 7. n. 23. Et plura de huius textus intellectu tradit post DD. ibi Delrio in remissionib. pag. 86. & Alph. in reportatis. n. 909. Franc. Ripa in l. centurio. n. 95. 96. ibi Bolog. n. 177. infr. eod. tit. Leon. in materia vulgaris substit. n. 46. Cuiac. li. 10. obs. c. 40. Ceph. cons. 31. n. 22. cons. 411. n. 15.*

Amplia II. In materia *i l. si solus. 79. in pr. infr. acq. hær.* quo pertinet *l. 1. & 2. inf. eod. addatur Bolog. l. 1. n. 17. C. quan. nõ pet. part. & l. re cõiuncti. n. 246. inf. leg. 3. Cagn. in l. ius nostrũ. n. 5. inf. reg. iur. Gom. tom. 1. c. 10. n. 20. ibi notãter Soar. in addit.*

g Sumus in materia eius, qui in certa re institutus est. Aliter nõ possum diuidere, *Bellon. li. 4. supput. c. 18. nu. 1.* aliam habet diuisionem.

h Ratio decidendi multiplex. 1. Quia hæres est successor iuris, non corporũ. 2. Quia iuris vniuersi. 3. Quia ius nostrũ nõ patitur, eundẽ decedere testatum & intestatum. 4. Hinc elicitur quarta ratio, fauor vltimarũ voluntatũ, ne concidant. Quæ inf. accurate explicabũtur.

i Notabilis ampliatio. Qui totam hæreditatem acquirere potest, pro parte scindendo eam adire nõ potest. Quin imo qui ex plurib. partibus institutus est, nõ potest quasdã repudiare, quasdam agnoscere. Vt ergo in paganis nemo decedit testatus & intestatus: Ita ne successio quidem, surrogatio, aut repræsentatio pro parte fieri potest. Ratio decidendi: Testator & hæres sunt correlatiua: imo vna persona. At vna res diuerso iure non censetur: & correlatiuorum eadem doctrina est. Quare sicut in vna testatoris persona contrariæ qualitates; testati & intestati non concurrunt: Ita ne in vnius quidem hominis hæredibus concurrere possunt, vt aliqui ex testamento, aliqui ab intestato hæredes sint. Adde quæ dixi *infr. obiter. num. 55.*

Declara hanc sententiam I. in milite. Si n. miles vnum ex fundo hęredẽ scripserit, creditur quantũ ad residuum patrimoniũ intestatus decessisse, & si duob. scriptis hęredibus, alter omiserit hęreditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus: quũ pro parte testatus, pro parte intestatus decedere possit, nisi hæc voluntas *k* defuncti probata fuerit, vt, omittẽte altero, ad alterum vellet totam redire hæreditatem, *l. si miles. 6. l. si duob. 38. infr. milit. test.* Estq; hæc sentẽtia cõmunis, *vt post Ias. l. 1. n. 10. C. eod. tit.* testatus est *Vasq. de succ. resol. lib. 1. §. 9. n. 12.* Etsi *Cagn. in l. ius nostrum. n. 9. inf. reg. iur.* existimet, hęc tum demũ processura esse, si de militis volũtate peculiariter constet, q; priuilegio suo vti voluerit: cæteroquin decisionẽ *d. l. 1. § si ex fundo.* et ad militare testamentũ pertinere: & addit, sententiã hanc esse cõmuniter receptã: Tum per *l. si certarũ. l 18. in pr. ibi gl. inf. milit. test.* Tum quod miles in dubio iure cõmuni vsus putetur, nõ priuilegio militari, *l. in testamento. m. 6. in fin.*

k Hæc sunt verba textus, ex quib. patet, militem in dubio vti suo iure priuilegiato. Ille probatione oneratur, cõtra quem est iuris præsumptio. At qui dicit, militem priuilegio militari non esse vsum, sed iure communi, ille in materia horum textuum oneratur probatione. Ergo contra eum, qui dicit, militem iure communi in dubio vsum, in materia horũ textuum stat iuris præsumptio. Et per consequens, miles in materia horum textuum iure suo vsus præsumitur.

l In textu ibi, alium certarum rerum, corrupta exemplaria sunt, vnde pugna iurium nascitur. Pandectæ Florentinę rectius legunt, aliũ cæterarũ rerũ. Vt proinde nulla ibi testati & intestati quæstio sit: quũ omnia sua testator distribuerit.

m Ibi quidam miles fratrem & filiolam suam instituerat, & eos inuicem substituerat. Illa forma secundũ iuris communis regulas tantum continet vulgarem substitutionem. Sed ex priuilegio miles directo substituere potest, etiam extraneis, postquam hæredes facti sunt. Mortua est filia, postquam hæres facta est: Quare mater vendicauit sibi successionem filiæ, & pro se allegauit: quod præcitata forma ex iure communi tantum contineret vulgarem, quæ per aditionem esset extincta. Frater militis defuncti vendicauit sibi hæreditatem puellæ, & allegauit pro se, licet iure communi illa forma tantum contineret vulgarem: tamen ex priuilegio militari eam etiam continere directam militarem. DECISIO: Imperator respondet pro matre, & addit rationem decidendi: licet, inquit, hæc forma ex priuilegio militari contineat etiam directam militarem: tamen tibi probandum est, an ita frater tuus senserit. Probatio illi dictatur, contra quem est præsumptio. Quare quum fratri militis illa imponatur: patet, quod in dubio miles iure communi, non priuilegio vtatur. Hic casus disparatus est ad iura præcitata, quare in illis nulla pugna est.

in fin. Cod. eod. tit. Quam theoricam omnes communiter tenent, vt dicit *Vasqu. de success. creat. libr. 3. §. 24. num. 41. & de success. resolut. libr. 3. ad l. de inofficioso. (fol. 170.)*

Verum ad decisionem principalem quod attinet, ait *Vasqu. libr. 1. de success. resolut. §. 9. num. 16.* contrariam opinionem forte receptiorem. *& ad textum d. l. si certarum.* respondet *ibi num. 13.*

Vtrum autem miles in dubio, iure speciali, an communi vtatur, apud DD. maxime controuersum est. Communis enim opinio habet, quod iure communi vsus putetur. Contrariam post alios sententiam defendit latissime *Vasqu. de success. creat. d. §. 24. num. 40. cum multis seqq. & de success. progress. lib. 2. §. 19. num. 24. cum seq. §. 20. num. 25. de success. resolut. d. § 9. num. 12. cum seq. & lib. 3. ad d. l. de inofficioso.*

Quas opiniones inter se pugnantes alii distinctionibus componere voluerunt, vt apparet ex ample traditis *per Leon. in materia compendiosa. quæst. 19. num. 215. cum seqq. & Francisc. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 6. tit. 1. num. 22. vsq. 31. Menoch. optime de præsump. lib. 4. tom. 1. præsumptione 4. per tot.*

Declara II. Si certa testatoris mens sit, quod institutus nil præter rem illam certam habere debeat: puta, si illum plus petere prohibuit. Nam tunc institutio reducitur ad causam *n* intestati, secundum *Bart. d. §. si duo.* cuius sententiam magis communem & veriorem perhibent *relati per Grass. §. institutio. quæst. 21. num. 3. & quæst. 22. ad fin.* Etsi contrariam Dyn. opinionem magis communem Clarus *§. testam. quæst. 74.* & veriorem dicat *Alex. Trentacinq. de substit. vulg. cap. 15. num. 13. eleganter distinguit Angel. in tract. de testam. gloss. 60.* 42

Declara III. Si testator verbo obliquo vsus sit. Nam verba obliqua adiecta certæ rei, nunquam extenduntur ad vniuersitatem bonorum. 43

Ergo licet instituto in re certa, per verbum directum cætera omnia bona accrescant: Tamen aliud est in instituto per verbum obliquum, qui censetur mere legatarius, *l. cogi. o 16. in princ. vers. & generaliter. ibi Bart. nu. 3. infr. ad SC. Trebell. Paul. de Castr. l. nam quod. §. non omnis. sub quo etiam legit dict. vers. & generaliter. nu. 1. eod. tit. Gomez notanter tomo 1. cap. 10. num. 12. dicens communem, refert Grass. d. §. institutio. qu. 22. num. 9.*

Ergo ibi textus est singularis, quod verba obliqua (rogo, precor, & similia) coniuncta rei certæ non inferant vniuersitatem, neque trahantur ad vniuersitatem, vt est in verbis directis, *d. l. 1. §. si ex fundo. inf. hæred. instit.* Quo fit, vt talis dispositio sit legatum.

Pluribus autem institutis, subdistinguendum: Nam aut omnes in certis rebus hæredes scripti sunt: aut vnus in certa re, alius vniuersaliter institutus est. 44

Si duo sint instituti in rebus certis, puta, vnus ex fundo Corneliano, alter ex Liuiano: tum quod ad institutiones attinet, nihil facit rerum expressio, sed eatenus prorsus reiicitur: Detracta ergo fundorum mentione, perinde habebitur, quasi non adiectis partibus, hæredes scripti essent, ex æquis ergo partibus hæredes erunt, *l. Attius. alias Titius 10. l. ex facto. 35. ibi DD. & Cuiac. l. qui non militabat. 78. infra hæred. institu. Duaren. ad tit. qui testament. facere poss. sub rubr. hæred. instit. cap. vltim. quomodo hæredes instituendi sint. versic. quod ad institutiones attinet. Idem de iure accrescendi, lib. 1. cap. 4. Bellon. libr. 4. supputation. cap. 18. nu. 1. Brisson. libr. 7 formular. §. interdum duo hæredes. fol. 669.*

Amplia I. Vt hæc procedant, etiamsi testator rei certæ partes expresserit, 45

n Vide quæ dicta sunt infr. circa ampliationem 3. ad totam materiam. Porro ad hanc materiam, & num ius accrescendi prohiberi possit, vide *Bart. in l. ibi notanter Angel. & reliquos inf. in iusto test. Socin. in leg. 1. num.* 48. qui multos refert, & magnam hanc dubitationem esse dicit, An ius accrescendi tolli possit, *inf. vulgar. & pupill. substit. DD in l. re coniuncti. ibi Bologn. num.* 294. quæ omnino videbis, quum bene loquatur. *Mantica lib. 4. tit. 10. num. 6.* dicens communem quod tolli nō possit: quam tamen limitat ibidem, *num.* 30. & 31.

o Verbum rogo, quod est obliquum, iunctum rei certæ, vel quantitati, non infert vniuersitatem, quemadmodū verbum directum instituo cum re certa, ad totam hæreditatem trahitur, *dict. l. 1. §. si ex fundo. infr. hæred. instit.*

ſerit, puta, ſi duo ſint hæredes inſtituti, vnus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex beſſe eiuſdẽ fundi, aut ſi alterius atq; alterius fundi pro partibus quis hæredes inſtituerit. Nam adhuc detracta fundi aut fundorum mentione, quaſi ſine partibus hæredes ſcripti hæreditate potientur, *l. quoties. 9. §. ſi duo. ibi Bart. num. 1. Bald. num. 1. Caſtr. num. 1. 2. 3. & l. ſi alterius. 10. ibidem Bart. Bald. Caſtrenſ. inſ. de hæred. inſtit.*

46 Amplia II. Vt procedat, etiamſi vna res prælegata altera re pluris æſtimetur. Nam adhuc ex æquis partibus hæredes erunt. Ergo ſi eæ tantum res in hæreditate ſint, tenebitur alter alteri officio iudicis Familiæ herciſcundæ, vnus vt Liuiani, alter vt Corneliani fundi ſemiſſem cedat, *d. l. ex facto. ibi notant. Cuiac.*

47 Limita hæc I. Si teſtatoris voluntas *p* clara ſit, quod hæredes nihil præter fundos expreſſos habere velit. Nam tota diſpoſitio reducitur ad cauſam inteſtati, *Bart. d. §. ſi duo.* q *num. 1. DD. in locis relatis.* de quo tamen videnda, quæ ſupra num. 42. annotata ſunt.

p Interpretationẽ non facimus contra diſertam teſtatoris voluntatem. Si aliquis inſtituitur in re certa, tum concurrunt repugnantia. Nam quum teſtator inſtituat hæredem, iuris certe vniuerſalem ſucceſſorem ſe ſtatuere velle, tacite profiteri videtur, *Bald. d. l. quoties. §. ſi duo num. 1 infr. hæred. inſtit.* (Etenim verbum *hæres* neceſſario infert vniuerſitatem. Vt enim hæreditas eſt ſucceſſio in vniuerſum ius defuncti: ita hæres eſt iuris vniuerſalis ſucceſſor.) At repugnat rei certæ expreſſio. Quia qui iuris ſucceſſor eſt, non poteſt certi corporis ſucceſſor eſſe. Quum ergo in dubio actus interpretandi ſint, vt non pereant. Hinc ergo iura rei certæ expreſſionem reiiciunt: id eſt, re dubia. At ſi clara teſtatoris atque præciſa & limitata intentio ſit, diſpoſitio concidit. Quia in claris coniectura aut interpretationibus non vtimur.

q Nota circa intellectum *d. l. quoties. §. ſi duo.* ibi, ſi modo voluntas patrisfamilias manifeſtiſſime non refragetur. DD. inter ſe diſceptant. vide *Bart. ibi. num. 1.* contra quem tenet ibi *Caſtr. num. 3.* Adde omnino Clarum citatum hic qui hanc limitationem pulchre exponit.

48 Limita II. Nam fundi aut fundorum mentio, vbi plures in certis rebus inſtituti ſunt, detrahitur tantum quo ad inſtitutiones, alias ocioſa illa expreſſio non eſt. Nam interpretamur relictas eſſe ſingulas res iure prælegati. Ergo is, qui inſtitutus eſt ex rebus Italicis, capiet Italicas iure prælegati tanquam ſibi prælegatas. Item, qui inſtitutus eſt ex rebus prouincialibus, capiet res prouinciales iure prælegati, tanquam ſibi prælegatas. Suſtinetur ergo inſtitutio hæredis, etſi teſtator mentionem certæ rei in inſtitutione hæredis fecerit, & aliquando adiectio omnino & funditus reiicitur, ſi ſcilicet vnus tantum inſtitutus ſit. At ſi plures ſic ſcripti ſint, reiicitur expreſſio, quod ad inſtitutiones tantum, ſuſtinetur autem iure prælegati. Atq; ſic omnia præcitata iura, puta, *d. l. quoties. §. ſi duo. d. l. ſi alterius. d. l. Attius. d. l. ex facto. d. l. qui non militabat.* accipienda erunt. *Videantur Bart. Bald. Caſtrenſ. Duaren. Briſſon. Cuiac. Bellon. locis præcitatis.*

49 Porro ſi vnus in re certa, alius vniuerſaliter inſtituatur, ille quidem legatarii, *r* loco habebitur, hic autem hæres eſt: *l. quoties. 13. ibi Bart. & DD. C. hæred. inſtituen. Bart. & DD. d. l. ex facto. ibi gloſſ. verb. rerum certarum. late Phil. Franc. cap. 1. col. 10. verſ. in ea gloſſa, ibi, habetur loco legatarii. de teſtam. in 6. Bened. verb. in eodem teſtam. relinquens. num. 255. Rolandin. de vlt. volunt. rubr. 11. nu. 16. Duaren. loco præcitat. verſ. fit tamen interdum. Cuiac. dict. l. Attius. Bellon. d. libr. 4. cap. 18. num. 1. Graff. d. §. hæreditas. quæſt. 3. num. 3. verſ. aliquando & tertio. & §. inſtitutio. quæſt. 22.*

r Legatarii loco habetur: proprie autem neque legatarius neq; hæres eſt, ſed de vtroque participat, iuxta doctrinam Bart. communiter receptam, *d. l. ex facto.* Et quando de hærede, quando de legatario participet, præ cæteris bene declarant *Benedict. & Graff. loc. hic relatis.*

50 Hæc ſententia limitatur quatuor modis *per Iaſ. in d. l. quoties. num. 1. & 4. refert & ſequitur Diaz. reg. 340. inſtitutus in re certa.*

Adde quæ dico *inf. num.* 277.

Cæterum ad quartam limitationem quod attinet, conſtat liberis portionem legitimam titulo inſtitutionis eſſe relinquendam, *§. aliud quoque*

capitulum. Auth. vt cum de appell. cognosc. gl. in Auth. nouissima. ibi Ias. nu. 13. dicens communem. C inoff. testam. DD. in Auth. ex causa. ibi Bolog. n. 16. C. lib. præter. Clar. qui multa allegat, & hanc communem dicit lib. 3. recept. sent. § testamentum. quæst. 8. nu. 6. vers. sed pone. Graff. § testamentum. qu. 35. nu. 3. At constat sufficere, si in re certa, puta, in legitima, filius instituatur, *§ cæterum. Auth. vt cum de appell. cognosc.* Vnde certo concluditur, liberos in re s certa institutos hæredes esse, nō legatarios, vtcunq; alius vniuersaliter cohæres scriptus sit, *Philip. Franc. cap. 1. col. 16. vers. decimotertio quæritur, an filius. de testam. in 6.* Ergo institutio de re certa facta filio non potest adimi, aut reuocari in codicillis, *Simon de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 2. dub. 1. solut. 10. num 20.*

s Vide tamen Dilectum de arte testādi *tit. 5. caut. 13.* vbi talem filium loco legatarii cæterorū hæredum respectu esse ait: & hanc cautelam tradit vnum ex filiis a debitis hæreditariis liberandi.

Tum (1) quod generaliter traditum sit, institutionem tanquam fauorabilem benigna interpretatione iuuandam, & patrem qui instituit, filium omni meliori modo instituere, *Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 3. num. 2. & 21. vsq. 28.*

Tum (2) quod hæres in certa re institutus. neq; legatarius proprie, neque hæres sit: sed de vtroq; participet, *Bart. in d. l. quoties. n. 1. ibi cæteri omnes, & luculente Ias. num. 4. Bart. d. l. ex facto. num. 2. & seqq. ibi Bald. nu. 7. Rolandin. de vlt. volunt. rubr. 11. num. 17. Lud. Rom. cons. 81. num. 1. ibi addit. & cons. 179. num. 10. ibi luculentissima additio. verb. legatarii. Bellon. libr. 4. supput. cap. 18. num. 4. cum seqq. Graff. d. § hæreditas. num. 3. vers. aliquando & tertio. vsque ad fin. Idem d. § institutio. qu. 22.*

Quinto hæc sententia limitatur, vt tantum procedat, si is, qui vniuersaliter cohæres scriptus est, hæreditatem adierit, aliud, si non adierit, morte præuentus, vel repudiatione aut tempore exclusus sit. Nam tunc totum 51 accrescet instituto in re certa t & perinde erit, ac si cohæredem non habuisset: sed ipse ab initio hæres vniuersalis esset institutus, *DD. locis præcitat. Quibus addatur Ludou. Rom. d. cons. 81. num. 1. ibi addit. & d. cons. 179. ibi præcitata additio. Ceph. cons. 716. nu. 12. Dilect. de arte testandi. tit. 6. de legatis. conclus. 2. nu. 2. Francisc. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 3. tit. 10. nu. 9. Et hanc communem Castr. in l. quoties. § si duo. num. 2. infr. hæred. instit. Bellon. d. cap. 18. num. 1. & post alios magis communem dicit Graff. d. § hæreditas. qu. 3. num. 3.* u Contrarium tenet *Bald. d. § si duo. num. 2.*

t Sed quid si plus petere sit prohibitus. *Simon de Pratis de interpr. vlt. volun. lib. 3. dub. 1. solut. nu. 4. & seqq.*

u Communis opinio est vera. Ratio decidendi, quod rei certæ expressio reiiciatur. Contra hanc sententiam insurgit Bald. & contendit, rationem præcitatam, quæ solum militet, si vnus aliquis aut omnes hæredes in rebus certis instituti sint, cessare isto casu, vbi vnus in re certa scriptus est, dato vniuersali cohærede. Quia dato cohærede vniuersali, nequaquam detrahitur rei certę expressio. Et si tu exceperis contra Baldum, quod non detrahatur rei certæ expressio, si vniuersalis hæres adierit: aliud esse, si non adierit: Replicando ille tibi exceptionem negabit. Instituto enim (inquit) vno in re certa & dato cohærede vniuersali, ius statim interpretatur illam dispositionem testatoris, quod vnus sit hæres, alter legatarius. Ergo ex accidenti non debet immutari interpretatio. Respon. In materia *d. l. quoties.* iura interpretari, quod institutus in re certa sit legatarius, fauore hæredis vniuersalis: id quod & textus ille indicat, & DD. locis relatis professi sunt. At vbi nullus hæres vniuersalis, ibi nullus fauor, nulla interpretatio. Vnde apparet, sententiam Baldi tutam non esse.

Ex quibus omnib. manifestissimum euadit, interpretationem allatam 52 veram esse: quum istis omnibus casibus, vbi de sola ea institutione, quæ in re certa facta est, quæritur, aut institutio concidat, si hæredem plus capere testator voluerit, aut ex benigna interpretatione ita sustineatur, vt certarum rerum expressio, quo ad institutiones reiiciatur.

Cuius rei, quemadmodum & omnium huc vsque allatorum textuum 53 iuris euidens ratio est. Successio enim est surrogatio atque repræsentatio quædam. x *Vasqu. de success. creat. in præfat. num. 5. cum seqq.* Quum nihil aliud

x Successio duobus modis capitur. 1. Pro vicissitudine. Ita hiems æstati, nox diei, hora horæ, miles militi in acie succedit. Ita in sublunari hoc mundo, omnium rerū est successio, quibusdam deficientibus, succrescentibus aliis. Ita Terentius in Eunucho dixit: omnium rerum esse vicissitudinem. 2. At in iure nostro accipitur non pro successione simplici: sed pro surrogatione & repræsentatione. Succedit hæres, ita vt repræsentet personam defuncti, & in eum omnia iura defuncti actiue & passiue transeant. Quo quidē modo defunctus adhuc viuere intelligitur.

aliud sit hæredem instituere, quam designare quem sibi quis velit succedere, & personam suam repræsentare. Hinc hæres dicitur, qui in locum defuncti succedit, eiusq; personam repræsentat, quasi adhuc viuere quodammodo intelligatur is, qui mortem obiit; *y* alio in locum eius suffecto, *l. hæres quoque. 54. inf. acqu. hær. l. hæres. 22. inf. vsucap.* Et si est hæres in totum, repræsentat illum in totum. Si vero plures fuerint vnius hæredes, in ius vniuersarum rerum *z* singuli succedunt. & sic in vniuersum: *a* non tamen in solidum, quum duo in solidum vnius successores esse non possint, *Bulgar. d. l. hæreditas. inf. reg. iur.* & ius hæreditarium diuiditur inter plures a testatore & iure. Ergo omnes simul repræsentãt defunctum in solidum, & quilibet pro sua parte in diuiduis scilicet, *l. quum à matre. 14. C. rei vend. l. 2. C. hæred. act. d. l. quoties §. hæredes. infr. hæred. instit. l. pacto successorũ 26. C. pact. l. ea quæ in nominibus. 6. C. famil. hercisc. l. 1. C. si cert. pet. Carol. Molin. de indiuid. part. 2. nu. 200. cum seqq. & nu. 276. & part. 3. nu. 13. cum seqq.* At in his, quæ sunt indiuidua obligatione, obligatio descẽdit in hæredes in solidum, non collectiue, sed singulariter & distributiue: ita quod nedum obligatio descendit in eos in solidum: sed etiam multiplicatur in quolibet eorũ æqualiter: siue æqualiter siue inæqualiter sint hæredes. *Molin. ad consuet. Paris. tit. 1. §. 2. gl. 4. n. 34. & de indiuiduo. part. 2. n. 177. ibidem quæst. 9. n. 458.* Hinc defuncti & hæredes vna persona esse intelliguntur, *vt est text. in princ. in Auth. de iureiur. à mor. præst. Benincas. §. omnium. num. 113. vsq; 128. Institut. action.* Et quia in his fictionibus veteres IC. solent naturam, quo ad fieri potest, imitari: *b* crediderunt absurdum atq; ineptum esse, quenquam defunctum fingi in rerum natura esse tantum pro parte. Vt enim naturaliter non potest quisquam in vita pro parte esse: ita ne quidem per fictionem legis pro parte solum quis repræsentari potest, *Bolognet. in l. re coniuncti. numer. 249. infr. legat. 3. Duaren. ad tit. qui testament. facere poss. loco præcit. vers. superius diximus. & de iure*

y Non in bona tãtum, sed & in nomen interdum testamentis hæredes adsciscebantur. Iubebat enim testator eos nomen suũ ferre. Quod pertractat *Brisson. lib. 7. formul. versic. cæterum non in bona, &c. fol.* 671. Repræsentat autem hæres defunctum post aditam hæreditatem. Nam ante aditionem, hæreditas repræsentat defunctum, *Vasqu. de success. creat. libr. 2. §. 21. num. 32. vers. quod ad primum.*

z Hæredes singuli in vniuersum ius succedunt: sed diuisio fit a testatore, qui ex certis partibus instituere potest à iure, quia si ille non diuidit, ex æquo sunt hæredes. Et hoc modo etiam onera hæreditaria agnosci: aliud in indiuiduis.

a Iuris fictione singuli hæredes vocati in assem videntur, quantumuis à testatore separentur. Quo fit, vt ius accrescendi inter hæredes semper locum habeat, *Cuiac. in paratit. ad tit. de hæred. instit. infr.* Plures autem hæredes non considerantur collectiue: (quum commoda & incommoda non spectent ad eos vt ad vniuersos:) sed distributiue, & quilibet singulariter per se: (quum commoda & onera ad ipsos spectent, vt ad singulos.) *Carol. Molin. ad consuetud. Paris. tit.* 1. *§. 2. gl. 4. nu. 13. cum seqq.* & de indiuiduo, *part. 2. nu* 177 *& ibid. qu. 9. num.* 458.

b Ius nostrum naturam imitatur: Et ex noticiis nobiscum nascentibus, haudquaquam opinione, sed natura constitutum est. Quod & Tomingius, iuridici auditorii in hac Academia præses meritissimus, Dominus & præceptor meus honorandus, piæ memoriæ, in oratione de studio iuris luculente demonstrat. Decessit is hoc ipso die 14. Augusti Anno 76. cum maximo omnium bonorum luctu. Fuit orator & IC. excellentissimus, & ob raras naturæ dotes iis etiam admirationi, qui cæteroquin alias pene omnes nationes vt barbaras quasi ex alto despicere solent: quos Erasmus noster in Iulio suo non immerito irridet.

Sunt singularium nationum sua quædam ornamenta, ea nos reuerenter agnoscamus: neminem contemnamus: quum id quam maxime nostræ professioni repugnet: qui iuris, iustitiæ & virtutum cultores perhiberi cupimus. Quod si nostra natio cum aliis certare vellet, esset quod in omni vitæ genere illis opponeret. Sed & Iureconsultos præstantes nostra Germania iam olim habuit: & etiamnum DEI beneficio habet. Quum enim à Iustiniano mox in occidente omne ius in occulto iacuerit, Italia a Gothis, Hunis & Vandalis misere afflicta, a Lothario Saxone Imperatore tandem annis abhinc quadringentis & amplius in vsum cõmmunem consilio Irnerii reductum est. Is Irnerius, quum homo Germanus esset, primus iuris professionem in Italia collapsam & extinctam: Anno à nato Christo 1150. aperuit, & in lucem produxit. Decessit circiter annum Christi 1190. ac Bononiæ sepultus est. Forsterus in historia iuris Romani *libr. 3.* Quod ergo iura Romana nunc in Italia & alibi florent: id post DEVM immortalem omnes huic Irnerio acceptũ referre coguntur. Non inferior Irnerio Ioannes Semeca fuit, Canonicus Halberstadiensis, qui primus omnium glossas in Decretum cõscripsit, vir ingenii diuini & animo vere heroico. De eo Albert. Crantzius in Saxonia, *lib. 8. ca. 17.* hæc habet: Quo tẽpore (intelligit annum 1269.) floruit Ioannes Semeca Theutonicus, insignis iuris Doctor, (qui Herculea audacia primus aggressus est glossare Decretum, quod ante eum nemo, & post eum excellẽtius nullus facere potuit) Præpositus S. Stephani Halberstadiensis: qui Clementi IV. summo Pontifici, tum per Germaniam (sicut Galliam) decimas a clero in redemtionem terræ sanctæ exigenti, appellationem opposuit: quem pro sua (vt dicebat) Papa authoritate excommunicauit, priuauitque præpositura. Sed erant magni in Germania viri, qui Ioannem deferendum non putabant. Quæ autem impendere videbantur mala, mors ipsa diremit, quæ tam Pontificem, quam Ioannem breui sustulit de medio. Hæc ille. Nec alia nobis desunt. Sed demus singuli operam, vt non maiorum, sed propria virtute excellamus.

iure accrescendi, libr. 1. cap. 2. Gomez. tom. 1. cap. 10. num. 8. cum seqq. Brisson. libr. 7. form. fol. 674. vers. interdum fere ita scribebatur, &c.

Atque hinc deducitur I. Vt vna testatoris persona, vnum pagani cu- 54
iusque patrimonium est, vtcunq; in diuersis territoriis quis bona habeat, *l. iuris peritos. 33. §. cum oriundus. supra excusat. tutor. d. l. ex facto infr hared. institu en. arg. l. si c certarum. 18. in princ. vers. Iulianus. infr. milit. testam. Tiraqu. de iure primigen. quast. 35. num. 29. Vasq. de success. resolut. lib. 1. § 9 num. 13. cum seqq. Iacob. Toming. q. 27 num. 25. 26. Hartm. Pistor. lib. 1. qu. 31. num. 16.* Ita & vnam atque simplicem esse successionem in ius defuncti vniuersum. Est enim hæreditas successio in ius, & quidem vniuersum, *d. l. nihil. 24. infr. verb. signific. d. l. hareditas. 63. reg. iur. d. l. hares. 22. infr. vsucap.* Et hæres iuris successor vniuersi, *l. quadam. 9 §. nihil. supra de edendo. l. hareditas. (in primis verbis, ibi, hareditas sine vllo corpore iuris intellectum habet) supra petit. haredit. d. l. quoties 9 §. haredes. infr. hared. instit.* Legatarius econtra succedit in rem donatam: Emptor in rem emptam: Hæres vero non succedit in rem, sed in ius, & in locum defuncti, *Duaren. ad tit. qui test. fac. poss. d. vers. superius diximus, & de iure accrescendi lib. 1. cap. 4. Bellon. d. cap. 18. num. 9.*

1 Inducendus text. per argumentum a speciali: Militum hoc priuilegiũ est, vt duo patrimonia habere intelligantur. Ergo ius commune est in contrarium.

2 Quemadmodum vna non duæ defuncti personæ, vna non duæ eius hereditates sunt: Ita ne quidem hæres successor personã defuncti in duos homines aut eius hæreditatem in duas scindit. Ergo qui totam hæreditatem acquirere potest, pro parte eam scindendo adire nequit, *l 1. l. 2. l si solus. ff. acquir. hared.* & *DD locis pracitatis. luculente Bart. in l. fi. ff. eod. adde quæ dico l 1 inf. vulgar & pupill. substit. circa diuisionem vulgaris substitutionis ad illam regulam, Quod vnus casus vulgaris ad alterum trahatur. fallentia 6.*

Sunt tamen certi casus, in quibus ius vnam alicuius personam in duos homines, & patrimonium in duo plurave scindit.

1. Casus ad ius singulare militum pertinet, de quo *in d. l si certarum. vers. Iulianus.*

2. Alios casus tractat *Bart. in d. l. fin.* cuius doctrina ibi vltra ea, quæ per *DD. in l. 1 2. & d. l. si solus.* disputantur, bene notanda & singularis est.

3. Qui bona in diuersis prouinciis habet, ille plurium personarum vice fungitur. Scinditur, inquam, hoc casu persona. Scinduntur ergo & patrimonia. Vt proinde eiusmodi homo moriens, ratione iuris prouincialis diuersi, alios atque alios hæredes, aut diuerso modo habere possit. Quæ sententia quo ad bona immobilia & ad certum locum destinata mobilia expedita est, vt bene deducit *Modest. Pist. lib. 1. cons. 31. q. 4. & 5.* Ita duci habenti castra in Francia & Lombardia, succedit primogenitus in totum in Francia: In Lombardia vero vna cum aliis, *Neuiz. cons. 12. num. 89. inter consilia feudalia Bruni.*

Sed quid iuris statuendum sit in nominibus (quæ facti species sæpe occurrit) non vsq; adeo inter nostros constat.

Adscribam autem propositiones hac de re, cognitione dignissimas, quas disputatione publica, Anno 1564. Mense Augusto in Academia Lipsensi amplissimus IC. Dn. Leonhardus Badehornus auditorii iuridici senior ibi defendit.

THESIS 26.

Ab intestato vero morientes bona sua secundum iura locorum, vbi sita sunt, deferunt.

27.

Quod verum censemus in bonis immobilibus, & ad certum locum destinatis mobilibus.

28.

Aliud verò in aliis mobilibus statuendum esse videtur.

29.

Quod similiter in nominibus, iuribus & actionibus locum habere defendi potest.

30.

Neque ad locum solutionis respiciendum esse, studebimus probare.

31.

Sed hæc omnia personam morientis merito sequi debere, ostendi posse putamus.

32.

Videtur enim quisque secundum id ius velle decedere, si aliud non disponat, quod in eo loco viget, vbi decedit.

33.

Non tantum qui certum domicilium in loco habet: sed etiam qui sine domicilio tam diu in loco versatus est, vt scire ius loci queat.

34.

Qui vero in loco non consistit, sed adhuc peregrinatur, eum secundum ius patriæ aut domicilii sui, bona sua deferre, dubitari non debet.

35.

Contra mentem enim morientis fieret, eum velle secundum ius loci relinquere bona sua, q ius adhuc ignoret, &c.

Et hęc sentẽtia nõ modo ad nomina & actiones personales q attinet, vulgato iuris principio nititur, quod eiusmodi iura ossibus personæ infixa sint: sed in vniuersum per hanc regulam nostram probatur: q Pagani vt vna persona, ita vnum patrimonium sit: Cui tantisper standum est, donec de exceptione clare probetur. In immobilibus quidem, & ad certum locum destinatis mobilib. quæ in diuersis prouinciis consistunt, res certa est, ius diuisionem facere: quum eiusmodi bona de territorio sint, aut legib. illius loci, vbi sunt, subiaceant. Atq; quo ad nomina, actiones & iura, quum de diuisione, à iure facta non constet, regulæ standum erit. Et hæc sententia mihi aliquando multum placuit. *adde Modest. cons. 23. n. 9. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 3. n. 140.*

Con-

Contrarium autem defendit Dominus Modestinus, *d. conf. 31. quæst.* 5. quod etiam nominum ratione hæreditas defuncti scindatur.

Hanc pugnam (saluo saniori iudicio) ita dirimi posse arbitror, si distinxerimus, vtrum defunctus ea in prouincia, vbi nomina contraxit, alia etiam bona habeat, an non habeat.

Si alia bona isthic loci non habeat, quorum respectu persona eius à iure in duos homines distrahatur, (**wie sich dann offt zutregt, daß wolhabende Leut auß bewegenden vrsachen grosse summen Geldes in frembde Land leihen, darmitt sie sonsten nichts zu thun verleyhen**) tum probabiliorem sententiam esse arbitror, quæ regulæ innititur: Et haud scio, an Domini Modestini sententia, qui *d. conf. 31. q. 5 num. 55. 56. 57.* inter hominem viuum & inter mortui diuersos successores distinguit, iure defendi possit. Certe si viuentis persona in duos homines a iure distracta non est, ne successione quidem id fieri posse arbitror: quando successor vna cum defuncto persona reputatur, & defunctum repræsentat, in eiusque ius, locum & hæreditatem sufficitur.

At si in prouincia defunctus alia quoq; bona habet, quæ de territorio sunt, aut legibus illius prouinciæ subiacent, ibi à iure, ratione diuersarum iurisdictionum, persona eius, de cuius successione quæritur, in duos homines, & hæreditas in duas distracta est: in quam diuisionem etiam iura personæ cohærentia venire, text clariss. *d l. si certarum. vers. Iulianus.* probat. Quemadmodum enim in isto textu, vbi iure speciali diuisio fit, cum rebus castrensibus æs alienum & nomina in castris contracta: cum cæteris autem rebus æs alienum, & nomina, quæ defunctus extra castra contraxit, coniunguntur: Ita vbi iure communi persona defuncti ratione bonorum in diuersis prouinciis existentium in homines duos diuiditur, cum rebus in vna prouincia consistentibus nomina ibidem contracta coniungenda esse, text. per argumentum satis ostendit. (Non dico ex hoc textu diuisionem probari: sed hæc sententia est, si diuisio a iure fiat, tum immobilibus nomina quoque coniungi.)

4. Ratione negociationum ex toto distinctarum, vel tabernarum diuersarum, maxime in diuersis prouinciis, aut iurisdictionibus persona scinditur, & quis vt duplex homo in iure consideratur. Vide quæ dixi ad hanc regulam infra fallent. 25.

5. Ratione diuersitatis bonorum diuisio fit. Nam qui feuda & allodia tenet, alium in feudo, alium in allodiis successorem habere potest, Dominus *Modest. d. conf. 31. q. 5. num. 6. Dominus Hartm. Pist. qu. feudal. 2 per tot.*

6. Ratione restitutionis. Nam minores, qui temere damnosam hæreditatem adeunt, Prætor in integrum restituit, *l. necessariis ff. acqui. hæred.* quod DD. etiam ad substitutionem pupillarem protrahunt. Nam etsi bona impuberis filii, cum bonis paternis in persona filii impuberis vnita fuerint, *l. sed si plures. § filio impuberi. infr. vulg. & pupill. substit.* Tamen substitutus pupillaris ex persona impuberis restitutionem in integrum obtinere, ac proinde bona paterna repudiare, filii bona retinere potest: quando scilicet substitutio pupillaris, absq; eo, quod expresse hæreditas paterna adita fuerit, viribus consistit; vt quia impubes in furiate decessit. *Ita Bart. Imol. Paul. de Castr. Alex. Raph. Cum. Ias. & alii DD. in d. l. filio impuberi. Bart. in d. l. fin. infr. acquir. hæred. per l. non solum supr. in integ. restitut.* Quæ est communis atque recepta scribentium opinio, vt testatur & deducit *Alex. Trentacinq. in tract. subst. part. 2. cap. 18. num. 2. & per tot.* differit de eadem re *in suis aphorib. Lorrot. tit. de substitut. axiom. 56 57 58.*

7. Denique huic materiæ cognata est doctrina duorum titulorum, *ff. & C de separat.* vbi defuncti hæreditas & hæredis bona propter euidentem æquitatem, re integra, authoritate Prætoris separantur.

55 II. Hinc deducitur, vt qualitas testatoris in iure vniformis, (non monstrosa, *e* non diuersarum formarum) vniforme atq; vnius, non diuersorum iurium patrimonium eius est: ita & successionem atq; surrogationem, & repræsentationem simplicem, non diuersarum formarũ aut qualitatum inter se repugnantium existere. Actus ergo testandi est indiuiduus, & non potest fieri pro parte: *Gomez. loco præcitat. num 8* Quum ius nostrum non patiatur, eundem in paganis testato & *f* intestato decessisse, *l. ius nostrum. 7. ibi DD. infr. reg. iur. Bologn. d. l. re coniuncti. num. 245. Duaren. libr. 1. de iure accrescendi, cap. 2. Gomez. d. cap. 10. num. 8.*

56 Cæterum textum *d. l. ius nostrum.* multis modis *Socin. reg. 495.* restringit, ad cuius explicationem pauca addemus.

e A monstris, id est, a substantiis diuersarum formarum, & a monstrorũ generatione natura abhorret. Ius autẽ naturam imitatur. Ergo a successione, quæ nil aliud est, q̃ generatio quędam ciuilis atque surrogatio diuersarum formarũ, id est, testati & intestati simul, ius regulare recedit.

f Ergo nihil obstat clausula, qua Notarii & testatores vtuntur: *In omnib. autem aliis bonis.* Nam non obstante illa clausula, hæres etiam in legatis institutus intelligitur, ne testator alias partim testatus, & partim intestatus sit. *Simon de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 3. dub. 1. sol. 2 num 50 & seqq. Mantic. lib. 4. tit. 3. num. 15.* Atque hinc etiam deciditur quæstio, de vidua, quam maritus instituit vsufructuariam, dato substituto extraneo. Nam illa vniuersalis hæres est: ne testator partim testatus, partim intestatus sit. Ergo & eueniente casu substitutionis eius nomine quarta deducitur, & si substitutus ante vsufructuariam moriatur, nihil ille transmittit ad suos, *Simon de Prat. loco relato. nu. 7. cum seqq.* Ad quam materiam vide *Gabr. Rom. lib. 5. recept. conclus. tit. de vsufr. reg. 2. & 3.*

Socinus multas fallentias congerit, quas percurremus, additurі quædam obiter ex nostris regestis, pro cognitione iurium, quæ ille adducit. Pleræq; illius fallentiæ optimo iure expungi possent. Et vt de his tanto rectius iudicari possit, obseruandum, quum nemo nisi Paterfamilias iure testari queat: in textu nostro hoc prærequiri. Quia lex non disponit, nisi de eo, de quo in ea quæritur: cętera vel idonea præsupponit, *Molin. post alios l. vnic. quæst. 10. num. 285. C. sent. quæ pro eo quod int. profer.*

Requiritur ergo I. vt testator paterfamilias sit, aut pro patrefamilias habeatur. Et

 cæte-

Et eatenus quidem lex disponit, quatenus quis paterfamilias est, non vlterius. Hinc sequitur, si filiusfamilias, quo ad certa quædam bona, pro patrefamilias sit, vt in casu fallent. 9. & aliis: illum haudquaquam intelligi decedere testatum & intestatum. Quia regula nostra is filiusfamilias eatenus tantum comprehenditur, quatenus pro patrefamilias habetur.

II. Non satis est, quem patremfamilias esse, aut pro patrefamilias haberi, sed & hoc desideratur, vt quis testamenti factionem à iure habeat, neq; per legem inhabilitetur.

Nam textus noster diserte ita loquitur, ius nostrum non patitur, &c. Vnde euidentissimum est, regulam nostram de iis accipiendam, qui, cum testamenti factionem haberent, & de vniuerso patrimonio testari possent, contra iura nituntur, & testati atque intestati esse volunt. Et quidem intestatus *g* is dici non potest in nostra materia, qui testari non potuit: Quum priuatio habitum præsupponat. Videatur *l. pen. §. filiusfamilias. infr. Castr. pecul.*

g Ita pupillus nō dicitur mori intestatus, sed bene dicitur mori aut decedere ab intestato, *Philip. de Casol. in tr. de testament. nu. 3. 4.* vbi DD. multū crasse vidisse ait, qui cōtenderūt, statutum de successione ab intestato loquens, ad successionē impuberis non pertinere.

Hinc iudicari potest fallentiam 14. & 24. proprie huc non spectare.

Præterea hinc sequitur 3. 4. & alias fallentias, vbi certæ personæ solidum relinqui non potest: sed alias testator de omnibus bonis suis disponendi licentiam non habet, optimo iure reiici posse. Quum regula nostra ne isto quidem casu locum habeat, vbi quis partim pro patrefamilias, partim pro filiofamilias est, *d. §. filiusfamilias.*

III. Regula nostra procedit ab initio, vt ibi declarat gl. *Placen. Dec. Cagnol.* Videatur *d. §. filiusfamilias.*

Primo ergo limitat *Socin. text. d. l. ius nostrum. per l. si is qui. 6. inf. vulg. & pupill.* quem textum mirabilem *Bart. n. 1.* singularem *Ias. n. 1.* dixit, & alibi in iure non extare, *Bald. n. 1. Castr.* h *n. 1. & 4. Alex. n. 1. Ias. n. 1.* professi sunt. 57

h Castrensis tamen *nu.* 1. timide loquitur se credere, quod in iure alibi non extet.

Proponunt autem DD. communiter, Zasio excepto, thema in filio naturali, qui ex bonis paternis tantum vnciam capere potest, *l. 2. C. natural. liber.* is si à patre, filio naturali & legitimo substituatur, & casus pupillaris existat, tum bona quidē, quæ pupillus præter paterna acquisiuit, substitutus capit: de paternis autem amplius quam vnciam capere non potest.

Vnde DD. communiter *i in d. l. si is. ibi Castren. num. 6. Ias. num. 9. & addit. ad Bart. & post eos Socinus*, colligunt: filium impuberem, quo ad bona sua, & quo ad vnciam rerum paternarum testatum, at quo ad residua bona, quæ patris fuerant, intestatum decedere.

i Ex hac communi DD. sententia, alia communis theorica deducitur. Si enim substitutus rerum paternarū capax non est: Sequitur pupillarem expressam hoc in casu non continere vulgarem tacitam: *ita Alex. in l. 2. nu. 27. vers. alium etiam casum. ibi Fr. Ripa nu. 42. infr. vulgar. & pupill. substit. Ias. in l. iam hoc iure nu. 5. vers. tertio limita quum substitutus. ff. eod. Bened. rep. c. Raynutius. verb. si absq; liberis moreretur. el 2 in materia pupillaris nu. 73. vsq; 79. extr. eod. Vasqu. de success. progress. lib. 2. §. 15. num. 14. vers. septimus casus. Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 4. nu. 2. Sfort. in tract. substit. in materia substit. pupill. q. 7. vers. limitatur secundo. Trentacinqu. in tract. substit. part. 1. cap. 1. num. 14. vers. quinto declaratur. vide quæ dixi ad leg. 1. circa diuisionem vulgaris substitutionis, ad regulam quod pupillaris expressa trahatur ad vulgarem tacitam, fallentia 4. infr. de vulgari & pupillari substit.*

Aliis porro hæc sententia vera non videtur, qui existimant in casu huius legis, pupillum non decedere testatum & intestatum: sed substitutum mero iure solidum accipere, quod probant ibi *Bart. nu. 2. Bald. nu. 2. Alex. n. 3.* qui dicit, sibi hanc placere, quam solitus sit sequi, *Zas. num. 7.* eandem probabilem opinionem esse testatus: refert *Bened. rep. c. Raynutius. verb. si absq; liberis moreretur. el 2. in materia pupillaris. num. 74. testam.*

Et licet Herennius Iuliani Iureconsulti interpretationem adferat, quod incapax ex bonis testatoris solidum capere nequeat: id tamen nihil incommodi habet: cum mysterio enim Iulianus dixit, incapacem totum capere non posse, id est, cum effectu, vt retineat, *l. aliud est capere. 71. infr. verbor. significat.* nihil autem prohibet, quo minus mero iure hæres sit, & id, quod retinere non potest, restituat, *l. 2. C. natural. liber.* Vbi textus verbo reddendi vtitur, quod obliquum esse Alex. contendit, vt sensus sit: ea, quæ liberi incapaces retinere nequeunt, de ipsorum manu aliis restituenda. Vnde apparet, intellectum hunc veriorem, & ma-

& materiam huius limitationis non exceptionibus, sed ampliationibus *d.l. ius nostrum.* aggregandam esse.

Putauit autem *gl. in d.l. ius nostrum.* in eo, quod incapax capere nequeat, fisco locum esse, *per l. ex facto. 43. §. fin. infr. vulg. & pupill.* Quod & supra de materia duorum titulorum *ff. & C. si quis aliqu. test. proh.*

At in terminis legis nostræ DD. contrarium senserunt, quod in residuo bonorum paternorum venientes ab intestato admittantur, non fiscus. Quando enim quis est incapax sine delicto suo, tum id, quod illi aufertur, pertinet ad venientes ab intestato, *l.1. & 2. C. natural. lib. l. si pater. 4. iunct. gl. fin. & l. nec apud. 7. C. hæred. instit.* Et hanc communem dicit *Ias. d. l. si is qui. num. 9.* aliud est in indigno, qui ob delictum incapax est, & ita loquitur *d. § fin.*

Plura ad sensum huius textus pertinentia vltra DD. videantur apud *Ruin. cons. 44. nu. 13. 14. lib. 2. Cephal. cons. 60. nu. 4. 12. 13. Vasq. de success. creat. libr. 3. §. 24. nu. 71. Cuiac. lib. 9. obseruat. cap. 19.*

Remissiones ex re gestis Authoris, ad hunc & quosdam textus sequentes, hoc fine obiter adductæ, vt auditores ad similia studia accenderentur.

Secundo limitat *Socin. textum d. l. ius nostrum.* in materia *Authent. si qua. C. de SS. Eccles.* Ad quam fallentiam nihil habeo dignum additione. Omitto ergo eam. Is qui ingreditur religionem, & liberos habet, non prohibetur testari. Potest autem bona sua liberis per testamentum distribuere, & sibi partem retinere pertinentem ad Monasterium. Is ergo, si decedat, partim testatus, partim intestatus decedit. Testatus quidem, quo ad liberorum portiones: intestatus, quo ad portionē sibi reseruatam, quæ ad Monasterium deuoluitur. Tractabimus autem materiam huius textus infra circa substantiale primum, illatione 2. vbi de testamentis clericalibus disputabitur.

58 Tertio limitat *per l. 1. C. de secund. nupt.*

In textu & *l. hac edictali. C. eod. tit.* agitur de pœnis secundarum nuptiarum, & inter cætera ibi disponitur: mulierem secundo nubentem non posse vllo titulo, secundo marito plus dare, quam vni ex liberis primi matrimonii, cui minus reliquit.

Duo de hisce iuribus quæri possunt: I. Quomodo ad regulam *d. l. ius nostrum.* pertineant? Respondit *Dec. d. l. ius nostrum. nu. 12. & 13.* qui inspiciendus erit.

Secundo quæritur: An hic textus & similia iura hodie sint correcta? Respondent DD. communiter, omnia iura de odio secundarum nuptiarum esse correcta, nisi quatenus liberorum fauorem concernunt. Ergo decisio *d. l. 1.* & iurium concordantium etiam adhuc hodie obtinet in foro Cæsareo: aliud est in foro Saxonico.

Et licet communis DD. sententia sit in casu *d. l. 1.* quem posse decedere testatum & intestatum: eamq; etiam *Cagnol. in d. l. ius nostrum. num. 12.* probet: rectius tamen *Dec. ibi num. 12.* hanc fallentiam impugnat: quod haudquaquam cōstiterit Impp. *in d. l. 1.* regulæ nostræ derogare voluisse. Vt proinde indistincte verum non sit eum, qui solidum relinquere nequeat, testatum & intestatum decedere posse. *k* Quum quo ad residuum alios hæredes mulier, secundo nubens, instituere possit. Idq; Impp. *in l. hac edictali. 6. C. eod. tit.* secundas nuptias contrahentem facere, præsupponunt: dum, clare definiunt: patrem matremve, procreatis liberis, ad secunda vota migrantes, nouercæ vel vitrico testamento, &c. plus relinquere non posse, quam filio, vel filiæ, cui minor portio ex vltima voluntate derelicta fuerit.

k Non sequitur: Non potest totum relinquere. Ergo iuris sententia est, vt decedat testatus & intestatus. Sed hoc potius iura volunt, si ille velit testari, ne incapaci plus relinquat quam de iure licet.

Addantur autem pro horum iurium sensu vltra DD. in sedibus ordinariis, *l* *Matth. de Afflict. decis. 75. num. 4. Gabr. Rom. lib. 3. recept. conclus. tit. de secundis nuptiis. conclus. 4. & 5. & tit. de dotis promissione. conclus. 1. num. 62. vers. decimosexto limita. Ripa l. in quartam. num. 219. infr. ad L. Falcid. Alphan. in reportatis. num. 1. & num. 206. Mynsing. obseru. 99. cent. 5. Pec. de testam. coniug. libr. 2. cap. 18. num. 3. cum seqq. Author different. int. ius ciuil. & Saxon. different. 18.*

l De pœnis & remediis secundo nubētium, videndus tractatus Ioannis Gatonis.

Bald.conf.11.num.1.conf.61.num.1.lib.1.conf.276.& conf.336.lib.3. conf.496.nu.5. lib.5.Corn.conf.82.per tot.lib.3.Dec.conf.19.Ruin.conf.53.nu.21.lib.2.conf.59.nu.1. & 16.lib.3. Parif.conf.72.num.51.lib.1.conf.91.per tot.libr.3. Alciat.conf.17.nu.7. lib.2.conf.148.nu.10.lib.9. Roland.à Vall.conf.62.nu.31.lib.1. conf.86.nu.45.libr.2. conf.62.nu.1.& 27.lib.3.conf.27.nu.37.& conf.29.nu.4.cum seqq.lib.4. Nicol.Bellon.conf.13.per tot.conf.17.nu.8 9. Crauet.conf.40.nu.9.conf.142 num.4.conf.194. Cephal.conf.60.nu.12. Tiber.Decian.conf.35.nu.51.lib.1. Simon Pistor.conf.6.nu.16. lib.2.consiliorum Modestini.

Quarto limitat in casu *l.si arrogator.22.vers.sed an impuberi.supr.adoption.* 59
Quæ ipsa quoque restrictio ex præcedenti doctrina Deciana in dubium reuocari potest.

Addatur autem pro intellectu textus *Ant.Vacca ibi. & Zas.in l.cohæredi. §.cum filia.num.7.infr. vulgar. & pupill. Leon. in materia pupillaris substitutionis. num.72.cum seqq.*

I. Dicit ibi Iureconsultus Vlpianus, arrogatorem arrogato substituere non posse, nisi quo ad quartam. Inde inferunt DD. rursum: Ergo in aliis potest decedere arrogator intestatus. Ex præcedente theorica: Quod qui solidum relinquere nequit, testatus & intestatus decedere valeat. Dico, hanc consequentiam non esse bonam. Non satis est, solidum te relinquere non posse, ad hoc, vt testatus & intestatus decedere possis, vt supra dixi. II. Deinde DD. multum disputant de quarta, de qua Vlpianus ibi agit, vtrum illa sit quarta totius hæreditatis, vel partis ab intestato debitæ. III. Quærunt DD. etiam de vero sensu illius legis, & quo modo cum *l.sed si plures. §.in arrogato. infr.vulg.& pupill.* conueniat. Omnia hæc habetis apud DD. præcitatos, quæ ad verum illius textus sensum pertinent.

Quinto limitat in casu *l.miles ita.42.§.exhæredato.* m *infr. milit. testament.* 60
vbi substitutio alia quam militis bona, quæ ad filium peruenerunt, non comprehendit. Cui porro consectarium est, vt pupillus intra 4. annum decedens, partim testatus, partim intestatus decedat.

m Quid d. §. *exhæredato.* decidat, dictū est. At in *l.Centurio.* clare traditur, si is, cui a milite pupillaris facta sit, intra 14. annum decedat, quod substitutus militis & pupilli bona capiat. Conciliatio & proinde verus textus nostri sensus est apud Bologn.& Vasq. textus hic loquitur in emancipato. Non sic est in *l.Centurio.*

Addantur autem pro intellectu *d.l. miles. post DD. in l. Centurio. Bolognet. num.81. cum sequentib. infr. vulgar.& pupill. & Vasqu. de success. progress. lib. 2. §. 14. num. 123. 124. & præcipue Vigl. in §. non solum. ibi Mynsing. num. 4. Instit. pupill.*

Sexto limitat in dispositione ad pias causas ex doctrina Bartoli *in l.1.nu.* 61
7.C.de SS.Eccles. Quod enim nemo testatus simul atq; intestatus decedere possit, iure ciuili introductum est: *arg.d.l.ius nostrum.* n *Duaren.lib.1.de iure accrescendi.cap.1.& 2.Gomez.d.cap.10.num.8.* At dispositio ad pias causas legibus ciuilibus soluta est. Vt proinde hæc Bartoli sententia verior sit, licet contrarium teneat *Bald. in d.l.1.num.46.47.*

n Textus clare dicit, ius nostrum, id est ciuile, non patitur vt quis testatus & intestatus sit. Ergo hoc iuris ciuilis inuentum est. Dicat aliquis, textum mox addere, earumq; rerum naturaliter inter se pugna est, vt testatus quis & intestatus sit. Ergo hæc iure naturali videtur introducta. Hoc sophisma diluit Gomez. loco præcitato.

Bald. I. nititur contra Bartolum regula iuris: Quod ius ciuile non patiatur, vt quis testatus & intestatus sit. Sentit ergo hoc: regulæ iuris standum esse tam diu, donec de exceptione doceatur. Existimat autem, Bartolum de exceptione docere non posse. II. Deinde, cum Bartolus suam opinionem per argumentum fundet *in leg. miles ita. infra milit. testament.* vbi dicitur, militem testatum & intestatum decedere posse. Respondet Baldus, nullibi in iure scriptum esse, quod hoc priuilegium militis ad paganum etiam pertineat, ad pias causas testantem. Sed facile defendi Bartolus potest, qui profecto ita rudis non fuit, vt sic argumentaretur: Quicquid miles potest, id etiam paganus, qui ad pias causas testatur, potest. Aut ita: Hoc miles potest. Ergo & qui

& qui testatur ad pias causas, idem potest. Sed hæc fuit Bartoli sententia: Vbi alia iuris ciuilis, alia iurisgentium sententia sit, ibi decisionem iurisgentium in testamento militari receptam, etiam ad testamenta ad pias causas recte produci. Exemplum: iure ciuili in testamento requiruntur septem testes, iuregentium duo sufficiunt. Dispositio iurisgentium recepta in testamento militari, etiam ad testamentum ad pias causas pertinet. Ita iure ciuili nemo decedit testatus & intestatus. Iusgentium hoc permittit. At iusgentium receptum est hoc casu, in testamento militari. Quid ni ergo etiam recipiatur in testamento ad pias causas, quod ipsum etiam tantum iurisgentium regulis subest.

62 Septimo limitat *Socin.* in materia *Auth. ex causa. C. liber. præter. Cagnol. d. l. ius nostrum. num. 14.* *Materiam Auth. ex causa vide declaratam, inf. num. 372. & seq.*

Ad cuius textus sensum addendi *Ias. in l. 1. nu. 5. infr. vulgar. & pupill. Dec. in l. liberi. num. 13. C. bonor. possess. contr. tabul. Ripa in l. moribus. num. 33. infra vulg. & pupill. Bologn. in l. hæc verba. num. 101. infr. legat. 1. Bellon. libr. 4. supput. cap. 20. Reinald. Cors. lib. 1. indagat. iur. cap. 23. Vasqu. de success. progress. lib. 3. §. 30. num. 47. Leon. in materia pupill. num. 178. Socin. regul. 55. incip. Auth. ex causa. Diaz. reg. 725. incip. testamentum in quo filius. Nouell. reg. 210. testamentum in quo. M. Mantic. libr. 5. singul. cap. 109. 110. 111. Guilhel. Onciac. quæst. 30. num. 2. Iacob. Menoch. de arbitr. iud. libr. 2. cent. 2. casu 147. num. 1. Alphan. in reportatis num. 7. Delrio in miscellan. pag. 236. Dec. consil. 86. num. 3. Corn. consil. 158. consil. 244. num. 11. libr. 2. consil. 194. num. 6. libr. 3. consil. 225. num. 4. 6. libr. 3. Paris. consil. 60. num. 11. 12. cons. 61. nu. 11. consil. 64. num. 6. & 8. libr. 2 Cephal. cons. 585. num. 64. 65. 67.*

Ad VIII. limitationem nihil addo: sed pauca dicam, vt quid Socin. velit, planum fiat. Octauo limitat *Socin. textum d. l. ius nostrum.* in casu, quem annotauit *Imol. in l. Marcellus. §. quidam liberis. infr. ad SC. Trebell.* Meum exemplar valde corruptum est. Res ita sese habet: Miles ex proprio priuilegio etiam extraneis, postquam hæredes extiterint, mortuis substituere potest. *l. in testam. 6. C. testam. milit. l. neq. 14. §. deportati. inf. eod.* Iam ponamus, militem Titio ita substituisse Caium, & Titium, adita militari hæreditate, quo ad bona propria, id est, quæ ipse vltra militarem hæreditatem habuit, decessisse sine testamento: Certe verum erit, quod testatus & intestatus decesserit. Decessit testatus, quo ad bona militaria, in quibus habet substitutum, quemadmodum impubes, cui pupillariter substitutio facta est, intra 14. annum decedens, testatus decessisse, intelligitur. Decessit intestatus, quo ad sua propria bona, quæ vltra militarem hæreditatem habuit. Ergo bona militaria ad substitutum, bona eius propria ad venientes ab intestato pertinebunt. Coincidit hæc limitatio cum 5. puta, cum casu *l. miles. §. exhæredato. de milit. testam.*

63 IX. Limitat in casu *l. cum multa. 7. C. bon. quæ lib.* Quem textum ad Reges producit *Ias. in l. ex imperfecto. nu. 3. C. testam.* sequitur *Alphan. in reportatis. nu. 106.* Ego nihil dubito, quin idem iuris de illis etiam bonis, quæ alicui ab Electoribus, alisve principibus, merum & mixtum imperium, & perpetuam regalem adq; suos transmissibilem dignitatem habentibus, donata sunt, statui debeat: si modo filiusfamilias ibi testetur. Quum eiusmodi principes ex communi & receptissima DD. sententia, in suis terris, cautela & priuilegio Cæsaris vtantur, per ea, quæ supra hac de re allata sunt.

In Castrensi peculio potest filius miles testamentum condere. *l. fin. C. inoff. testam.* sed idē est in bonis ab Imperatore filiofamilias donatis, *per d. l. cum multa.* Nam bona donata ab Imperatore, idem priuilegium habent, quod habet castrense peculium. Iam si Cæsar tibi prædium dono dederit, non obstante patria potestate, de illo testari potes. In aliis bonis, quæ habes, decedes intestatus, obstante factioni testamenti patria potestate. Quod autem textus *d. l. cum multa.* dicit de Imperatore, id vos accipite de regibus, electoribus, principibus, & omnibus iis, qui perpetuam regalem, adque suos trans-

transmissibilem dignitatem habent. Hi enim in suis terris cautela Cæsaris vtuntur. Qua de sententia supra satis superque dictum & allegatum est: vt proinde otiosa repetitione nihil hic opus sit.

X. Limitat *Socin.* ratione iurium diuersorũ, *l. si filius 7. inf. liber. & postum.* 64

Plus non assumo de limitatione Socini, ille adducit casum *l. si filius. 7. inf. liber. & posthum. & l. cum seruus. supra inoff. testam.* Ita enim meum corruptum exemplar habet: cum talis textus in toto iure nusquam extet. Arbitror, illum vltra *d. l. si filius.* allegare voluisse, *l. si tibi homo. 88. §. quum seruus. inf. legat. 1.* Illum enim textum adducunt DD. ad hanc materiam, vt patet ex traditis per Vasquium *de success. creat. libr. 2. §. 20. nu. 140. vers. si vis tenere.* Porro neque *d. l. si filius.* hanc sententiam probat, ad quam allegatur. Deinde verba limitationis huius sunt plane vniuersa, quasi testamentum consistat iure ciuili, & expugnetur iure prætorio. Sententia tamen authoris in se vera est: quod ratione iurium diuersorum quis testatus & intestatus esse possit.

Vt ecce filiofamilias præterito, testamentum iure ciuili nullum est. At iure prætorio consistit, *l. filio 17. infr. iniust. rupt. & irrit. fact. l. 2. in princ. infr. bonor. possess. secund. tab.* neque rumpitur iure prætorio: quum solum inducatur exceptio, impediens executionem propter fauorem filiorum præteritorum, qua exceptione sublata, (vt quia filius post patrem moritur, vel ius suum repudiat) bonorum possessio ad scriptos hæredes reuertitur. Cui porro consequens est, vt testator iure prætorio testatus, iure ciuili intestatus succedat: nisi forte filius præteritus, viuo patre, decesserit: Nam tunc magis est, vt ne quidem iure prætorio testamentum consistat, *l. si filius. 7. infra lib. & posthum.*

Pro quorum iurium pleniori sensu videndi sunt *Corn. cons. 158. n. 34. lib. 2. Bologn. ad l. posthumo. n. 60. C. bon. poss. cont. tab. Vasq. de succes. creat. lib. 2. §. 2. n. 5. 6. 7. §. 15. n. 32. cum seq. & §. 20. n. 138. cum seq. Onciac. qu. 29. per tot. Alphan. in report. nu. 993. Delrio in Miscell. in pag. 83. & 113. Fris. paradox. lib. 2. cap. 9.*

Et ex eodem fonte XVII. XVIII. XIX. fallẽtiæ deducuntur. Limitat enim Socin. 17. 18. 19. præcitatam theoricam etiam in casu *l. sed cum patrono. 6. in princ. inf. bonor. poss. l. 4. §. fin. infr. bonor. possess. secund. tab. & l. si duo. 16. infr. legat. præst.* 65

Nam textus *d. l. ius nostrum.* isto casu procedit, vbi de solo iure ciuili quęritur. At diuerso iure, ciuili scilicet atq; prætorio simul inspecto, non prohibetur quis testatus decedere atq; intestatus. Ergo cum testamentum ex causa præteritionis iure prætorio consistat: iure ciuili autem non cõsistat, aut saltem eius validitas in pendenti sit: Hinc ergo sequitur *in d. l. cum patrono.* prætorem & patrono contra tabulas certæ partis & scripto hæredi secundum tabulas alterius partis polliceri. Quod & *in d. l. si duo. & in d. §. fin.* accidit.

Videatur autem pro horum iurium resolutione *Bologn. in l. 1. n. 47. C. quan. non pet. part. Idem in l. posthumo. n. 61. vsq. 64. & maxime n. 62. vers. Ideo Fulgosius. C. bon. poss. contra tabul. & l. emancipata. n. 30. C. qui admitti.*

Hisce fallentiis etiam addatur XXI. *ex l. 2. C. bon. poss. cont. tab.* ibi enim, vt explicat *gl. verb. petita est.* testamentũ rumpitur iure ciuili, & cõsistit iure prætorio. Est ergo ibi testator iure prætorio testatus, intestatus iure ciuili.

Ad XI. Limitationem Socini pertinet etiam casus *l. in quibus. 7. ad fin. C. secund. nupt. §. quoniam infirmas. ibi, si vero non habeat filios. in Auth. de nuptiis.* De quo infra in 1. substantiali, illatione 2. fallent. 4. videbimus.

Coniuges transeuntes ad secunda vota, id quod ex prioribus nuptiis lucrati sunt, transferunt ad liberos, qui de illis testari possunt. Iam pone, patrem transire ad secunda vota, & aliquid lucratum ex primis nuptiis. Certe illa pertinebũt ad filios, qui de illo possunt

possunt testari: in aliis non testantur, obstante patria potestate. Et ita sunt testati & intestati. Hæc tradunt DD. sed non probantur iure.

66 XII. Limitat in casu *l. qui in aliena. 6. §. interdum. infr. acquir. hær.* vbi nepos ex filio exhæredato institutus, patrem suum sine aditione facit hæredem. Succedit ergo is filio quidem suo immediate ab intestato: patri autem ex testamento. Et nepos ex persona sua immediate decedit intestatus, ex persona aui & mediate testatus.

Hæc non vsque adeo multum ad rem propositam pertinent. Regula enim: Nemo decedit testatus & intestatus: loquitur de vna & eadem persona. Exceptio autem debet esse de regula. Si regula est de homine: exceptio esse non potest de asino. Quare reiici hæc exceptio optimo iure potest. Sed quia eam Socin. ponit, vtatur ea, qui volet. Adduco autem tria verba pro huius textus intellectu, quem Socin. adducit.

Cęterum pro huius legis intellectu videatur *Bolog. in l. cum filiofamilias. n. 172. infr. legat. 1. in l. qui se patris. num. 16. C. vnde liberi. Ioann. Anton. Rub. de inoffic. testamen. cap. 14. num. 14. 15. Vasqu. de success. creat. lib. 1. §. 10. num. 444. limitat. 35. lib. 3. §. 21. num. 220. Idem de success. progress. libr. 1. §. 10. num. 35. & 41. de success. resolut. libr. 1. §. 8. num. 25. Vacon. libr. 3. declarat. 50. num. 7. Cuiac. l. sub conditione. infr. liber. & posthum. Alphan. in reportat. num. 208. Cephal. cons. 485. num. 13.*

XIII. Ille limitat, si lege *o* introductum fuerit, quod quis testatus & intestatus decedere possit. Idem docuit *Dec. d. l. ius nostrum. num. 12. fallen. 3. Cagnol. num. 11. DD. in l. 2. ibi Alex. num. 6. Bart. Socin. num. 2. 3. Marian. Socin. iun. num. 14. Alciat. num. 8. infr. vulg. & pupill.*

Fallit XIV. Si statutum permittat patri institutionem *p* spurii. Nam talia statuta non operantur extra territorium statuentium. Vt proinde hoc casu propter diuersitatem iurisdictionis, duo testatoris patrimonia esse intelligantur, *Bald. in dict. l. ex facto. num. 10. infr. hæred. instit.* Quod pulchre declarat *Paris. cons. 84. num. 42. lib. 1. Andr. Gail. obseru. pract. lib. 2. obseru. 24. num. 13. cum seqq.*

XV. Limitat *q Socin.* textum in filiofamilias, cui per statutum conceditur, vt testari possit. Nam quum tale statutum non extendatur extra territorium, fit, vt hic decedat testatus & intestatus, *Euerh. in loco de tanquam illat. 18. vers. pono exemplum. And. Gail. d. obser. 124. nu. 12. cum seqq.*

Sed hæc non est proprie fallentia, Quia regula loquitur de eo, qui testamenti factionem actiuam habet, & de omnibus bonis suis testari potest: quod filiofamilias non permittitur.

o Decisio *l. ius nostrum.* est iuris ciuilis inuentum. Ergo iure ciuili tolli potest.

p Ratio decidendi cur nemo testatus & intestatus sit, hæc est: Quod in vna persona diuersi respectus nõ concurrant. Aliud ergo est, vbi quis non vnius, sed duarum personarũ vice fungitur, & duo patrimonia habere intelligitur.

q Concordat cum fallentia 9. vbi dixi de *l. cum multa. C. de bon. quæ lib.*

XVI. Limitatio Socini nihil peculiare habet, limitat textum *l. ius nostrum.* per *§. quod autem. Instit. leg. agnat. tut.* Ex quo textu patet, fieri posse, vt quis, quo ad hæreditatem suam, decedat testatus, quo ad tutelam seu dationem tutorum, intestatus. Hæc etiam exceptio ad regulam non pertinet. Nam regula loquitur de iure hæreditario, id totum per testamentum, aut ab intestato relinquendum est. At tutelarum dationes ad ius hæreditarium necessario non pertinent, quin potius inter testamentorum accidentia sunt, quæ adesse & abesse possunt. *Bologn. l. nemo. num. 100. infra legat. 1.*

Circa XX. limitationem Author nullum textum adducit, quem explicare queam.

67 XXII. Limitat in materia *r* *Authent. hoc amplius C. fideicom.* Vbi quis pro ratione temporis diuersi decedit testatus & intestatus. Si enim hæres post iussum iudicis infra annum, voluntatem testatoris non exequatur, priuatur omni lucro, idque applicatur personis ibi enumeratis, & tandem etiam venientibus ab intestato.

r Hæc limitatio nõ male coniũgi posset cum sequente.

Ad-

Addatur autem pro intellectu textus *Ias. ad rubr. num. 22. supr. institut. & iur. Paris. cons. 19. num. 192. 201. lib. 2. Alciat. respons. 24. num. 2. respons. 92. nu. 8. libr. 9. Vasqu. de success. resol. lib. 2. §. 20. num. 31. Cephal. cons. 379. nu. 65. Alphan. in reportat. num. 423. Donat. Fin. tom. 1. reg. libr. 8. vers. hæres negligens. & reg. hæres monitus. tom. 2. lib. 11. (fol. 73.)*

Vltra Socinum XXIII. declara textum *d. l. ius nostrum.* vt non procedat ex post facto, *per l. circa. 24. ibi DD. supr. inoffic. testam & l. cum duobus. 13. C. eod.* Ita limitat *gloss. Bulgar.* & eleganter explicat *Dec. num. 10. Cagnol. nu. 10.* Addatur omnino Castrensis hanc fallentiam sublimitans *in l. pen. num. 1. ibi Imol. num. 5. infr. iniust. testam. Vasqu. de success. resolut. lib. 3. ad d. l. cum duobus. num. 1.* Vbi hanc regulam extruit: Quod testamenta creatione indiuidua sint, non resolutione.

Infra num. 258. part. 312.

XXIV. Limita: Nam sicut in multis locis, statutis receptum est, 69
vt ciuis alio domicilium transferre volens, certum tributum pensitare cogatur: quod vulgo Abzug oder Nachsteuer dicimus: *Andr. Gail obs. pract. lib. 2. obs. 36. nu. 10.* Ita etiam quorundam locorũ consuetudinibus receptum est, vt de hæreditatibus, quæ peregrinis deferuntur, certa *s* quota fisco pendatur. Quo de iure disputat *Bodin. de republ. lib. 1. cap. 6. (mihi fol. 62. inedit. Paris.)* Talibus ergo casibus qui testantur, testati quodammodo & intestati decedere videntur: Licet verius sit, tantum testatos esse.

s Ante constitutionem Friderici in *Authent. omnes peregrini. C. com. de success.* peregrinis testari non licebat. Idque sibi volunt etiam verba definitionis Modestini: *Testamentum est voluntatis nostræ sententia, &c. nostra*, id est, qui sumus ciues Romani. Neque *ciuis* peregrino quicquam legare poterat. Et hoc ius plurium populorum & antiquissimum esse contendit Bodin. Etsi autem Imperator Fridericus huic iuri derogare voluerit: Bodinus tamen nullam neque in Germania, neque in Italia illius legis vim esse adfirmat. De quo ego nihil pronuncio. I. Ita antiquitus restricta fuit, & etiamnum restricta est testandi libertas. II. Accessere vectigalia, 1. puta lege Iulia ab Augusto ad populum lata, cautum erat, vt quæ hæreditates, legata ad alios peruenirent, earum pars vicesima ad fiscum pertineret. Videatur *Bodin. lib. 6. de repub. c. 2. fol. 656.* 2. Item materia duorum titulorum *C. quand. & quib. quar. pars. & de imponend. lucrat. descrip. libr.* 10. III. Consuetudinibus multorum locorum aut statutis cauetur, vt si bona per testamentum relinquantur peregrino, fisco pendatur tertia pars. Et quod longe est acerbissimum, peregrini habentur non modo ciues Romani, sed illi etiam, qui sub vno principe, sub diuersis tamen Curiis agunt, die in sondern Gerichten wohnen. *Adde Teuberrum. q. 15. 16. 17. Copum qu. 5. 6.*

XXV. Limita in milite, vt per *Bulgar. d. l. ius nostrum. ibi Dec. num. 9. Cagnol. num. 9.* Hoc enim peculiare ius militum est, vt ab initio pro parte testati, & pro parte intestati mori possint, & duo patrimonia habere intelligantur, *l. si certarum. 18. in princip. infr. milit. testamen. Tiraquel. de iure primigen. quæst. 35. num. 29. Vasqu. de success. resolut. libr. 1. §. 9. num. 13. & seqq. Zoann. de Imperio Roman. num. 46. Leon. in materia compend. substit. num. 239. Toming. quæst. 27. num. 25. 26. Hartm. Pistor. libr. 1. quæst. 31. num. 16. Graff. §. testamentum. quæst. 8.* Quæ tamen notabiliter declaranda sunt, vt non procedant in veterano *per l. pen. §. filiusfamilias.* *t* *infr. Castrens. pecul.* Nam si is de Castrensibus testetur, ignorans se patri suum hæredem extitisse, scriptus hæres vniuersa bona habebit. Videatur *Cephal. cons. 405. per tot. vbi casum illius textus luculente pertractat.*

t Pertinet hæc singularis lex ad filios familias, Doctores, & Clericos, qui castrensia peculia habent. De illis possunt testari. Fac, filium talem ignorare se patri hæredem suum extitisse: & esse testatum de suo peculio, quasi castrensi: quid erit de bonis paternis? Eritne ille testator partim testatus, partim intestatus? Videtur, quod sic. 1. Quia errans de suo statu non testatur, *l. de statu. 15. h. tit. n.* In contrarium facit 1. text. hic, vbi IC. de veterano dixit: licet miles ab initio testatus & intestatus mori possit: Tamen iste hoc ius non habuit, quod diligentissime notandum contra plures fallentias Socini, & dicta Doctorum, qui putant, filiumfamilias testatum & intestatum decedere posse. 2. Quia in paganis hoc ius tenemus, vt expressio reiiciatur quo ad institutiones, & institutio de tota hæreditate facta intelligatur. Non obstat ratio decidendi, quod errans de suo statu non testetur. Nam respondeo, id verum esse, si quis in totum de statu suo erret. At Doctor, Clericus, Veteranus non errant in totum de suo statu: sed sciunt de peculio castrensi, vel quasi castrensi, se recte testari: Quo casu causa testati trahit ad se causam intestati, per *dict. §. filiumfamilias.* Licet verius sit hac facti specie testatorem solum testatum decedere: quum qui factionem testamenti non habet, intestatus in proposito dici non possit.

Hæc

Hæc tamen XXV. limitatio: Quod ſolus miles duplex patrimonium habere intelligatur, ſublimitatur I. in omnibus illis caſibus, vbi quis in diuerſis territoriis bona habet, & vno in loco ad teſtamenti factionem vel habilitatur, vel inhabilitatur. Nam ea diſpoſitio vltra territorium diſponentium non extenditur. Cui porro conſectarium erit, vt qui ſi teſtatur, diuerſa patrimonia habere intelligatur, eoque quodammodo teſtatus & inteſtatus decedere poſſit: puta, ſi quis mercator & in orbe Romano, vbi ciuis ſit, & alibi extra orbem Romanum, vt peregrinus, tabernam atque bona habeat, vbi peregrinis teſtamentum condere non liceat, ſed eiuſmodi bona fiſco vendicantur. In quam rem multa annotauit *Bodin. libr. 1. de republ. cap. 6. (mihi fol. 61. 62. 63.)*

Sublimitatur 2. Nam licet paganorum bona in diuerſis territoriis exiſtentia, pro vno patrimonio ſint, per prædicta: quod ius ad teſtatorem & hæredem quoque pertinet: quum pro vna perſona ſint: Tamen aliud eſt in materia ſeparationis, quam Prætor ex æquitate, re integra, indulget *tot. tit. ff. & C. de ſeparat.*

Imo tabernas certæ negociationis in diuerſis territoriis, maxime diuerſarum iuriſdictionum, exercens, propter patrimoniorum diuerſitatem, vt duplex homo conſideratur, vt ſupra fallentia 14. ex Baldo relatum eſt: & creditores, qui cum eiuſmodi mercatore contrahunt, non tam debitori quam mercibus credidiſſe intelliguntur. Quum ergo iniquum ſit, vt ex alterius re, merceve alii indemnes fiant: Hinc fit, vt quo ad Creditores ſeparatos diuerſarum aut tabernarum, aut negociationum ſeparatio fiat: puta, Qui tabernam Norimbergæ & Romæ habebat, foro ceſſit, certe debitor creditorum diuerſorum & diuerſarum tabernarum ratione, vt duplex homo, & eius bona vt patrimonium duplex ſpectantur, eritq; creditorum atq; tabernarum ſeparatio facienda, vt qui Norimbergæ contraxerit, in bonis Norimbergæ exiſtentibus, alii in aliis præferantur.

Idem eſt, ſi quis in vno aliquo loco diuerſas negociationes exerceat. Nam debitore non exiſtente ſoluendo, ſeparatio mercium & creditorum fiet. *Ita eſt textus in l. procuratoris. 5. §. ſi plures. ibi Caſtr. ſupr. tribut. act. & ante eum idem tradidere alii relati per Stracham de decoct. part. vlt. nu. 20. & de adiecto. 4. part. quæſt. 10 num. 2. ibi etiam Lud. Rom. & Anchor. ad hoc citat, & hanc ſententiam communem, atq; Ancona in iudicando obſeruatam dicit, late proſequitur Tiber. Decian. conſ. 109 num. 24. 25. & ſeq. lib. 2.*

Diſerte autem hoc caſu iura tabernas duas, aut certe negociationes ex toto diſtinctas, id eſt, veram, realem & omnimodam ſeparationem prærequirunt, vt a Creditoribus diuerſis ſeparatio obtineri queat, *dict. §. ſi plures. quemadmodum & tot. tit. infr. ſeparat.* in illa materia, qua de agit, diuerſa patrimonia & rem omnino integrã exigit, vt ſeparatio obtineri poſſit. Quam primum enim vnio facta eſt, & res integra eſſe deſiit, ſeparationis materia ceſſat, *l. 1. §. illud. cum ſeqq. & l. 2. infr. ſepar.*

71 XXVI. Limita in materia *Auth. ex cauſa. C. lib. præter.* vbi ex cauſa exhæredationis & præteritionis, irrito teſtamento, inſtitutiones tantum concidunt, & in locum inſtituti hæres inteſtamentarius ab inteſtato ſuccedit, cætera vt ex teſtamento valent. Ideoq; legata ex communi DD. ſententia actione ex teſtamento petuntur. Ita & pupillares ſubſtitutiones valent, irritato teſtamento paterno. Vt proinde in materia illius Auth. teſtator partim teſtatus, partim inteſtatus decedat. Qua de re tractabitur infra in materia inſtitutionis hæredis, fallentia 27. per tot.

F *Vltimo*

Vltimo meminit Iureconsultus mortis testatoris, qua causa finalis testamenti exponitur. In testatore enim hic finis desideratur, vt dispositionem suam post mortem viribus subsistere cupiat. *Textus est hic l. 1. ibi DD. c. cum Marthæ. 6. §. cæterum. de celebr. miss. l. 4. infr. adimen. legat. l. 1. C. SS. Eccl. Bologn. ad rubr. num. 7. infr. lib. & posthum. Idem in d. l. nemo. num. 4. versic. sextum substantiale. Couarr. ad rubr. 2. part. in princ. eod. tit. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 2. dub. 1. solut. 6. & 7. & lib. 5. dub. 4. num. 145. cum seqq.* Quæ de morte naturali accipienda sunt. *glos. hic verb. mortem. ibi Bart. num. 6 quem cæteri sequuntur. & Duaren. l. fin. ibi DD. C. his qui ven. ætat. impetr. l. cum pater. 79. §. hæreditatem. infr. legat. 2. l. ex ea parte. 120. §. in insulam. infr. verb. obligat. l. Statius Florus. 48. §. Cornelio Felici. infr. iure fisci. gloss. c. placuit. el 2. verb. mortuus. 16. quæst. 1. cap. susceptum. 6. ibi glos. verb. non morte. de rescript. in 6. DD. in l. Gallus. §. & quid si tantum. ibi Alex. num. 2. Ias. num. 8. infr. lib. & posthum. late Tiraquell. ad. l. si vnquam. verb. susceperit liberos. num. 17. C. de reuocand. donat.* 72

Hic oritur quæstio: An appellatione mortis etiam veniat mors ciuilis, vel spiritualis, quam mouent DD. nostri hic.

Obseruandum, apud Theologos alias, alias apud Physicos mortis diuisiones & species extare. Mors proprie vitæ priuationem significat, quæ per discessum animæ à corpore contingit. Ad cuius similitudinem, mortem alteram Plato in Phædone, & Philosophi fecerunt, quam videlicet virtus præstat, quum animus adhuc corpore iunctus voluptates contemnit, & ad sublimia erectus, omnes cupiditatum passiones & illecebras exuit, *Macrob. in somnium Scipionis libr. 1. cap. 14. Guilhelm. Benedict. in repet. c. Raynutius. verb. mortuo itaque testatore. num. 44.* Sic & nostri interpretes non tam inepte, quam nonnulli putant, duas mortis species constituerint: naturalem scilicet, dum animæ fit & corporis separatio, & ciuilem, quæ iis accidit, qui humanæ societatis commercio priuantur, vel necessario, vel per sententiam iudicis deportati, aut propter conditionem, vt serui, vel sua sponte, vt Monachi, qui Deo viuentes, mundo mortui intelliguntur, *Corras. ad d. l. Gallus. §. & quid si tantum. num. 7. infr. lib. & posthum.*

Porro ciuilem rectius subdistinguere licet, in mortem ciuilem voluntariam, quæ accidit alicui per ingressum religionis, & in mortem ciuilem non voluntariam, vt contingit iis, qui maximam vel mediam capitis diminutionem passi sunt. Hanc porro recte sic distinguimus: Mors ciuilis non voluntaria, aut improprie sic dicitur, vt in seruo, qui taliter natus est. Is enim ciuiliter quidem mortuus est, sed ciuiliter mori non dicitur, quum nunquam vixerit, sed mortuus sit natus: Aut proprie, vt sunt illi, quibus, cum viuerent, id est, cum libertatis & ciuilitatis ante participes fuissent, mors ciuilis accidit, ita vt maximam vel mediam capitis diminutionem paterentur. Hæc distinctio est de mente omnium DD *in dict. l. Gallus. §. & quid si tantum. ibi præ cæteris Bolog. num. 64. Corras. num. 7. DD. in d. l. 1. hic. DD. in l. ex ea parte. §. in insulam. infr. de verbor. obligat. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 2. dub. 1. solut. 6. & solut. 7. & libr. 5. dub. 4 num. 145. Petr. Gregor. in Iureconsulto. libr. 5. c. 12. num 14.* Aliam autem distinctionem tradit *Benedict. repet. cap. Raynutius. verb. mortuo itaque testatore. el 1. per tot.* vbi mortem in naturalem, spiritualem & ciuilem diuidit.

Iam, vt dixi, oritur quæstio: vtrum textus noster etiam procedat in morte ciuili, id est, quando quis amittit libertatem, vel ciuitatem, vel ingreditur in religionem Minorum.

Videtur, quod sic.

Ratio dubitandi nascitur ex eo, quod de maxima capitis diminutione traditur: seruitutem mortalitati fere comparamus. Quinimo & deportatio comparatur morti, & dicitur mors quædam ciuilis interpretatione quadam ciuili, *l. 1. & fin. inf. bonor. possess. cont. tab.*

Hæc est perplexa quæstio, & si ea, quę interpretes circa hanc materiam tradiderunt, compingerentur, in spissum & magnum exitura essent volumen.

Glossa *in dict. c. placuit. el 2. 16. quæst. 1. super verb. mortuus.* dixit: appellatione mortis semper venire naturalem, nunquam ciuilem, nisi lex hoc expresse dicat. Hæc est communis opinio Canonistarum, vt post *Gomez. & Paris.* testatur *Simon de Prat. de interp. vlt. volunt.*

volunt. libr. 2. dub. 1. solut. 7. num. 8. Hanc sententiam sequuntur & originaliter Ioannis esse dicunt, *gloss. in c. susceptum. verb. non morte. de rescript. in 6. Oldrad. cons. 184. num. 4.* eandem probant *Alexand. cons. 139. num. 4. ibi addit. libr. 2. Ias. in l. 1. num. 1. vers. septimo limita. C. hered. instit.* omnium luculentissime *Vasqu. de success. creat. libr. 3. §. 21. num. 171. cum sequentib. vsque 174.* Et in hanc ex recentioribus tacitis & suppressis authorum nominibus, inclinat *Duaren. dict. §. & quid si tantum. ibi Cuiac.* qui tamen Æmilium Perotum in id citat, & ibi dicit: ius ciuile directum & strictum esse, nec suppleri sine certa lege, aut constitutione.

Quod si quis producat *text. l. 1. §. pen infra bon. poss. contra tab. l. si ita. infra quan. dies leg. ced. l. 4. §. pen. inf. bon. libert. l. 3. C. instit. & substit. l. actionem. §. publicatione. supra pro socio. l. sed si mors. supra de donat. int. vir. & vxor. cum concordant.* quibus iuribus probatur, vt ciues morte, sic deportatione eximi ex numero ciuium, *§. 1. Institut. quibus mod. ius patr. potest. soluit.* Excipiunt illi de *d. l. ex ea. § in insulam. infr. de verb. oblig.* vbi Papinianus decidit, stipulationem in casum mortis conceptam haudquaquam committi, si quis deportatus sit. Et sic ibi clarus textus est, quod deportatio morti non comparetur. Allegant etiam textum *d. l. cum pater. §. hereditatem. inf. legat. 2.* vbi ille idem Papinianus talem facti speciem habet: Instituerat aliquis filium hoc pacto, vt cum moreretur, filiis suis, vel ex his, cui voluisset, restitueret hæreditatem. Certum est, morte extingui ius electionis. Quæritur, an idem sit in casu deportationis, negat hoc Papinianus ibi.

Hæc iura Canonistæ & cæteri pro se habent, & ad textus contrarios respondent, quod ibi suppletio facta sit legis authoritate. *Ita Cuiac. d. §. & quid si tantum. & Duaren. ibi,* In lege, inquit, hoc verum est, sed interpretatio legis multum differt ab interpretatione testamenti, (id est, quæ ab homine fit.)

Estq; valde singularis doctrina Cuiacii *ad l. commodissime. infr. de lib. & posth.* Inter supplere, inquit, & interpretari est differentia quædam: Supplemus specialia: interpretamur generalia, *d. l. Gallus. §. quid si filium. & §. seq.* Ergo supplere est extendere & quasi emendare. *§. 1. Institut. bonor. possess.* (Fit enim de specie ad speciem aliam.) Interpretari neque extendere est, neque emendare. Supplere non possumus sine lege: Interpretari possumus sine lege. Proinde si generaliter facta sit institutio posthumi, omnem ea casum comprehendi interpretabimur: si specialiter, puta, ex iure antiquo, si post mortem nascatur, l. Velleiæ casum non supplebimus, atque adeo rumpi testamentum dicimus, si natus sit, viuo testatore. Denique legem Velleiam ad ius antiquum, vel ius antiquum ad leg. Velleiam non extendimus. Hæc ille: Qui tenaciter huic sententiæ innititur.

Duarenus tamen *in d. §. & quid si tantum.* ita pertinaciter huic sententiæ non est adstrictus, sed aliquantum magis accedit ad Bartoli & communem aliorum expositionem. Si testator, inquit, expresserit vnum casum, nisi appareat euidenter, eum de alio casu sensisse, non producimus ad alium casum.

Hæc ergo prima sententia est Canonistarum, quod appellatione mortis veniat naturalis tantum, non ciuilis, nisi in casibus à iure expressis.

Ratio decidendi petatur eruditissima à Cuiacio *ex d. l. commodissime.* quod suppletio ipsius legis, interpretatio autem hominis sit: quodque suppletio dicatur, vbi agitur de extensione & emendatione. Id est, vbi agitur de casu speciali ad alium specialem extendendo: Interpretatio autem, vbi dispositio generalis ad suas species producitur.

Hanc sententiam temperat, vt dixi, Duarenus, nisi appareat euidenter, testatorem de vno casu speciali loquentem, de alio etiam sensisse. Nam sequenda est voluntas testatoris, quum manifesta est. Idemq; sensit *Donell. d. §. in insulam. num. 2.*

Ab hac tamen sententia DD. communiter recedunt *in d. §. & quid si tantum.* & in aliis sedibus ordinariis, idemq; testatur *Decian. cons. 86. num. 39. lib. 3.*

Mouentur duabus rationibus: I. Quod hæc conciliatio sit contra communem DD. expositionem. Hoc fundamentum nullius momenti est: Quia vbi de iuris veritate quæritur, omnis de authoritate interpretum conquiescit authoritas. II. Quia inquiunt DD. si nunquam fieret extensio, nisi lex hoc expresse diceret, tum euerteretur *d. §. & quid si tantum.*

Hæc sunt verba Bologneti *in d. §. & quid si tantum. num. 64.* Quibus facillime responderi potest.

Secunda ergo opinio fuit Antonii de Buttrio *in cap. cum sit. de connu. coniug.* quam

refert *Bologn.d.§.& quid si tantum.* Vbi etiam tertiam Socini adfert, *num. 64. versic. secunda. & vers. tertia.* Et illas opiniones ex fundamentis refutat.

Quarta opinio fuit Petri & Dyni, quam refert *Cynus in l. DEO nobis. ibi sequuntur Bart. Bald. & reliqui. C. episc. & cler.* Aut post casum ciuilem, qui accidit, mors naturalis contingere potest, quæ aliquid operetur, vel aliquem effectum habeat: & mors ciuilis non æquiparatur naturali. Aut casus naturalis postea contingens, nihil porro potest operari, quo ad casum, de quo quæritur, & fit æquiparatio.

Exemplum proponunt DD. in matrimonio dissoluto per casum ciuilem, vbi postea non potest casus naturalis contingere, qui aliquid operetur. Hæc fuit sententia Petri, cum quo in effectu concordat sententia Dyni, qui sic dixit: Aut ciuilis casus operatur eundem effectum, quem operatur naturalis, & tunc æquipollet: aut non operatur eundem effectum, & non æquipollet. Hæc sententia, inquit *Cynus dict. l. DEO nobis. num. 2.* est eadem in effectu cum prima. Cui quidem sententiæ Cynus acquiescit. Eandem sequitur *Bart. d.§. & quid si tantum. & d.§. in insulam.*

Hanc opinionem tribuit Bartolo *Bologn. in d.§. & quid si tantum. num. 64. versic. quarta.* & dicit esse communem, eandem communem perhibet & sequitur *Felin.* quem multi perperam pro contraria sententia adducunt *in c. licet vndiq. num. 2. de offic. deleg. sequitur & Alciat. d.§. & quid si tantum num. 3. cum seqq. Alex. cons. 139. num. 8. lib. 3.* Eandem communem dicit *Paris. cons. 5. num. 147. 150. lib. 4.* nisi specialiter sit prouisio facta de morte naturali, *vt per Paris. ibi num. 151. Decian. d. cons. 86. num. 39. lib. 3.*

Rationem decidendi hanc adferunt, quod non curandum sit, quid ex æquipollentibus fiat, quodq; magis mens attendatur quam verba. *Ita Bart. & Bald. Alex. Castrens. Ias. Alciat. Corras. & cæteri in d.§. & quid si tantum. Bart. & DD. in d.§. in insulam. Petr. Cyn. Bart. Bald. & reliqui. in d. l. DEO nobis, &c.*

Hanc communem DD. opinionem *Bolog. d.§. & quid si tantum. num. 65.* quatuor fundamentis validissime oppugnat: quæ videri possunt apud eum.

Cæterum *ad l. DEO nobis.* & alia iura, quibus hæc sententia nititur, clare respondent Canonistæ, *ibi, à iure suppletionem factam.*

Quinta sententia attribuitur Croto, quam refert *Bologn. d.§. & quid si tantum. num. 67. & 68.* vbi eam etiam confutat.

Ipse, recensitis ex ordine omnibus theoricis DD. ab omnibus recedit, & nouam atque prolixam distinctionem tradit *num 69. cum seqq.* vbi videri potest.

Ego primam sententiam omnium maxime veritati congruere arbitror.

Ratio decidendi est allata ex Cuiacio.

Hanc tamen sententiam temperarem: I. vbi euidens esset testatoris voluntas. Eam enim omnino sequi nos oportet, vbi manifesta est: quum mens testatoris lex sit, *Duaren ad tit. de vulgar. & pupill. substit. sub rubr. quibus verbis fiat substitutio.* II. Vbi eadem legis in vtroque casu ratio esset, *Petr. Gregor. in Iureconsulto lib. 5. c. 12. num. 16.* Nam vbi adest ratio legis scriptæ, tum illa vt generalis omnes casus non per extensionem, sed per intensionem complectitur: & sic sumus non in materia suppletionis, sed interpretationis, vt eleganter declarat *Menoch. recuperand. possess. remed. 14. num. 18. cum seqq.* Quæ sententia non longe à communi DD. opinione recedit.

Sed aduertendum, etsi DD. hoc loci de ciuilis mortis speciebus differant: eam tamen disputationem (excepto religionis ingressu) huc plane impertinentem esse.

Nam de morte testatoris noster textus disponit.

Iam si aliquis quærat: an mors testatoris ciuilis, puta, maxima vel media capitis diminutio, per quam libertas aut ciuitas amittatur, idem operetur, quod naturalis, is plane ineptus sit.

Nam Caius Iureconsultus *in l. eius qui. 8. §. 1.* clare dixit: si cui aqua & igni interdictum, eius nec illud testamentum valet, quod ante fecit, nec id quod postea fecerit. Bona quoque quæ tunc habuit, quum damnaretur, publicabuntur. In insulam deportati in eadem causa sunt. Hi, qui ad ferrum, aut ad bestias, aut in metallum damnantur, libertatem perdunt, bonaque eorum publicantur: Vnde apparet, amittere eos testamenti factionem.

Et licet hodie de bonis damnatorum aliud sit: *Authen. bona* u *damnatorum. Cod. bon. damnat.*

u De intellectu huius Auth. & quando bona hodie publicentur, vide quod dico infra substantiali primo, illatione quinta, vers. Textum autem illius Auth,

damnat. Ad quem textum videantur Catheran.decis.105. num.5. Cephal.conf.79.num.7.12.23.28. Diaz reg.54.& reg.165. Bodin de repub. lib.5.cap.3.(fol.538.) adeoque Illustrissimi Electoris nostri Constitutio, part.3. cap.6. etiam damnatis ad mortem testamentorum confectiones permittat: Tamen ne hæc quidem ad rem pertinet.

Nam aut tale delictum est, ex quo bona publicantur, vt est crimen læsæ Maiestatis, fractæ pacis publicæ, hæreseos: &c. Andr. Gail.libr.2. de pac.public. cap.2. Et fatuum est quærere, an mors testatoris ciuilis æquiparetur naturali, quo ad testamenti confectionem: quum talis & bona & testamenti factionem omnem amittat, & bona fisco inferantur. Aut vero propter delictum bona non publicantur, & iterum impertinens quæstio est: quando tunc aut bona ad alios damnati cognatos pertinent, vel ipse ea retinet.

Ex quibus apparet, ea, quæ DD. de morte ciuili testatoris hic tractant, ad rem propositam nihil conferre.

Solum ergo illa quæstio restat: An si aliquis ingrediatur religionem Minorum, illa mors ciuilis, vel potius spiritualis æquiparetur naturali, quo ad confirmationem testamenti. Est quæstio magni momenti, & hodie cognitu valde necessaria atque vtilissima: puta, si instituo te, & in casum mortis tibi substituo Caium. Nam illa conditio per ingressum in religionem Minoritarum verificatur, DD.in d.§. & quid si tantum. ibi Alciat. in rep.num.3.cum seqq. Alex.consil.13.num.1.2.3. vbi dicit communem, libr.3. ibi Carol.Molin.in addit.ait, esse hoc de indubitabili. Dec.cons.419.num.2. qui ipse quoque communem perhibet: eandem communem dicit Bolognet. d. §. & quid si tantum. num.55. Videatur etiam Tiber. Decian. consil. 86. num. 39. libr. 3. vbi ille communem DD. sententiam defendit: Quod mors naturalis ciuili comparetur, vbi idem effectus est. De qua sententia iam dixi.

Verum quum mors aut naturalis, aut non naturalis: & hæc rursum, aut ciuilis aut spiritualis sit: DD. in l.Gallus. §. & quid si tantum. ibi Bologn. nu.64. Corras.num.7. Bart. & DD. in l.1.hic. DD. in l. ex parte. §. in insulam. infr. de verb. obligat. DD. in l. Deo nobis. C.episc. & cler. Sim.de Prat. de interpr. vltim. volunt. libr.2.dub.1.solut.6.& 7. & libr.5. dub.4.num.145. Petr.Gregor. in prælud.optimi Iureconsulti lib.5.cap.12.num.14. Et Minoritæ, qui ex regula Francisci altissimam paupertatem, inter reliquos mendicantium ordines, sibi vendicarunt, vsque adeo pro mortuis sint, c.vnic.de relig.dom.in 6.c.exiit.3.de verbor. signif.in 6.Clement.1.eod.tit.Bart.in tract.minoritar.lib.1.dist.1.c.1.& alias per discursum. Mathesilan.in tractat.de success.ab intest.art.3.nu.41.42. Nicol.de Vbald. de success.ab intest.cler.part.1.per tot. Porc.cons.23.num.1.& seqq. Clar.lib.3.recept. sentent.§ testamentum quæst.29.num.2. Grass.libr.recept.senten.§.legatum. quæst. 7. luculente Rodolph. Hospinian.de orig. & progressu monachatus libr. 6. cap. 1. cum seqq. vt mors hæc spiritualis eiusdem cum morte naturali effectus esse putetur: DD. locis præcitatis: DD. in d.l.Deo nobis. DD.d.§.& quid si tantum. ibi Bologn.num 53.cum seqq & nu.60. Alex.cons. 13. num. 1. & seqq.lib.3. vbi ipse communem, à qua recedendum non sit, & Carol. Molin.in addit. indubitabilem sententiam esse dicit, Dec.cons. 419. nu. 2. qui ipse quoq; de communi testatur. Et proinde eiusmodi fratres omnium ex testamento relictorum incapaces fiut, quæ in alios pios vsus conuertuntur: vt post alios communem dicit Clar.d.§.testamentum.quæst.29.plures adducit Gabr. Roman. libr.4.receptar.
73 conclus.tit.de legat.reg.1.num.2. Grass §.legatum.quæst.7. Hinc ergo DD. nostri inferunt, si quis, testamento confecto, Minorum religionem ingrediatur, quod non expectata morte naturali, mox testamentum confirmetur, ac si testator re vera mortuus esset, Bart.in d.l.1.hic.nu.7.ibi DD.sequuntur. Bart.in Auth si qua mulier.nu.10.ibi cæteri.C.SS.Eccles.Bart.in l.cum pater.§.hæreditatem. nu 3.infr.legat.2 DD.in d.§.& quid si tantum.ibi Alciat.n.3.& seq. Couar.c.2.n.6. ext.de testam Guilh.Bened.repet.c.Raynutius.verb.mortuo itaq; testatore.el 1.n.302. de testam. Ang. Aret.in tr.de testam.in prin.n.2.3. vbi dicit, idem esse in prædicatoribus.& num.10.

Ad mendicitatem inter alia duo præcipue desiderantur: Primo mera liberalitas aut misericordia ex parte dantis, & ex parte accipientis, liberalis aut misericordis subuentionis petitio. Non autem dissero de requisitis eleemosynæ.

Magnificentia & liberalitas virtutes sunt. Quare laudabiliter faciunt, qui has virtutes exercent. Recte etiam plerunque ii faciunt, qui vltro & proprio motu oblata accipiunt. Quædam enim tametsi honeste accipiuntur: inhoneste tamen petuntur, *l. 1. §. & quidem. infr. var. & extraord. cogn.* Petitio etiam sola mendicum non facit. Quia multa ex iure, non liberaliter concedenda petuntur.

Hinc infertur 1. collationem beneficii Ecclesiastici neque donum neque eleemosynam esse: & eum qui petit, mendicum haudquaquam dici posse. Quum liberaliter aut gratuito non concedatur, sed propter officium, *c. fin. de offic. ord. in 6. c. cum secundum. de præben. Ripa in l. fin. nu. 48. C. reuocan. donat.* Ita D. Paul. *1. Timoth. 3.* Si quis (inquit) Episcopatum desiderat, præclarum opus appetit.

Hinc infertur 2. petitionem officii aut feudi, quum gratis non concedatur, neque donum, neque eleemosynam esse: & qui sic petit, eum mendicum non esse, *c. 1. § fin. in quibus caus. feud. amit. c. 1. §. fin. per quos fiat inuest. Tiraq. post alios ad l. si vnquam. verb. donatione largitus. nu. 274. C. reuocan. donat.*

Ita Carolus V. & rex Galliarum post mortem Maximiliani I. petierunt dignitatem Imperialem ab electoribus.

Hinc infertur 3. mendicitatem non esse, si quis donet ob causam, aut remuneratorium petat. Imo ne quidem proprie donationes dici queunt, quæ sic conceduntur.

Hinc ergo constat, quis sit mendicus.

Diuido mendicos, in eos qui ineuitabili necessitate ad mendicitatem rediguntur, & in mendicos voluntarios. Illos scriptura S. nobis passim commendat.

Mendici voluntarii, aut sunt professi: quos mendicitatis nihil pudet: vt ille dicebat: fodere non valeo: mendicare erubesco: Sed nomen cum re ipsa amplectuntur. Aliqui sunt non professi, qui rem amplectuntur, à nomine abhorrent. Videatur Erasmus in Dialogo de rebus & vocabulis.

Hunc acquirendi modum fugiant iustitiæ sacerdotes. Quum enim iustitia validos mendicantes exerceretur: & eos maximis pœnis coherceat: absurdum omnino & monstri alicuius simile fuerit, si iuris & iustitiæ sacerdotes ipsi talia sequantur compendia.

Habeant ergo Iureconsulti ob oculos textum *l. professio. 6. Cod. de muneribus patri. libr. 10.* Vbi quum quidam Philosophus immunitatem à muneribus patrimoniorum petiisset: sic illi precatori Imper. Diocletianus rescripsit: Professio & desiderium tuum inter se discrepant. Nam quum Philosophum te esse proponas, vinceris tamen & rapacitate.

Iureconsultis autem vltro dandum est honorarium: est enim sanctissima quædam res, ciuilis sapientia, quæ pretio nummario non est æstimanda, *l. 1. §. proinde. infr. var. & extraord. cogn.*

Professos autem mendicos subdistinguo:

Aut enim iure damnati sunt, *l. vnic. C. valid. mendican. lib. 11.* ad quam videatur *Alphan. in report. num. 471. Delrio in remiss. pag 233. Bodin de republ. lib. 1. c. 5. fol. 39. Similes textus sunt in Recessu Augustano, Anni 1500. & Anni 1530. sub rubr.* von Bettlern. *& in reformatione Augustæ erecta, Anno 1549. sub ead. rubr.*

Aut iure sunt probati, x quales sunt ordines mendicantium, puta, Minoritæ, Franciscani, Prædicatores, Dominicani, Eremitæ, Carmelitæ, Seruitæ, *c. vnic. de relig. domib. in 6. Matthes. Nicol. de Vbald. Porc. & Hospinian. in locis citandis.*

x Vsque adeo magna & admirabilia incrementa Minoritæ ceperunt, vt memoriæ proditum sit, Magistrum vniuersi ordinis polliceri quandoque ausum Pio Pontifici, expeditionem in Turcas paranti, ex Minoritarum familia 30000. bellatorum, qui bellica munera gnauiter obire possent, nihil sacrorum cultu interpellato, *Rodolp. Hospinian. de orig. monachatus. lib. 6. cap. 13. fol. 248. fac. 2.*

Hos duobus modis distinguere licet.

Quidam enim mendicant ex regula, vt Franciscani: quidam non ex regula, sed ex constitutionibus. Hanc tradunt *DD. locis relatis. Addatur Clar. d. §. testamentum. q. 29. Graff. d. § legatum. q 7.*

Deinde ex hisce mendicantibus aliqui profitentur altissimam, alii mediam, alii infimam paupertatem.

Altissima paupertas, quam sibi Franciscani vendicarunt, ea est, quæ nihil habet in hoc

in hoc mundo, nec in proprio, nec in communi, id est, nec agros, nec domum, nec fundum, nec reditum, nec pensionem, nec pecora, nec supellectilem, nec vestimenta, nec libros, nec fructus, nec rei familiaris quicquam.

Altera species est, quam sibi prædicatores Dominicani vendicarunt, quæ nihil quidem proprium, sed quædam tamen in communi possident, vt libros, vestimenta, victum cotidianum.

Tertia vero & vltima species, quam Carmelitæ & Augustiniani occuparunt, ea est, quam infimam vocant, cui aliqua & communia & propria, sed ea tantum, quæ ad victum & cultum naturalis necessitas exigit, habere licitum est, vt, vestimenta, libros, stipendia, fundos & agros aliquot, & cætera, quæ ad vitam cuidam necessaria sunt. *Hospinian. loco præcitat. cap. 16.*

Hunc mendicantium ordinem Augustinianorum professus est etiam Reuerendus Pater, Dominus Lutherus.

Ex hac diuisione intelligitur, cur Minoritæ ex regula mendicãtes dicantur, & quod illi propter professionem altissimæ paupertatis, præ omnibus aliis mendicantium ordinibus, effectu iuris considerato, vere & in totum mundo mortui habeantur, vsq; adeo, vt & tali morte testatoris testamenta confirmentur: & conditio mortis, in quam substitutio facta est, per ingressum in eiusmodi religionem verificetur.

Tum per *c. nullus. el 2. 2. quæst. 7. can. placuit. el 2. 16. quæst. 1. l. fin. §. nam & maritis. C. episc. & cler. Alex. d. cons. 13. num. 1. lib. 3.* Quæ tamen iura neq; de Minoritis solum, neq; de nostra facti specie: sed in aliis casibus loquuntur: Vt proinde nobis suppletio facienda non sit.

Tum per *d. l. Statius Florus. §. Cornelio Felici.* vbi mors ciuilis eam ob caussam eundem cum naturali effectum non operatur, quod mater fideicomssaria interim acquirere potuit. Quæ ratio in Minoritis cessat: Vt proinde illorum professio morti naturali in totũ respondere debeat, *Alex. loc. præcit.*

Atqui alium illius loci sensum esse constat. Dicit enim Paulus IC. hæredem Cornelium Felicem interim à petitione pulsum: & hanc adfert principalem decidendi rationem: quum nondum dies fideicommissi venisset. Ex quo deinde aliæ deducuntur.

Contrarium ergo alii tenuere, quod in nostra materia, mors Minoritarum spiritualis, morti naturali non æquiparetur. Horum sententia est, testatore religionem Minoritarum professo, bona interim apud venientes ab intestato manere: ita quidem, vt si testator deinde, ante hæredem moriatur, bona hæredi dentur. Sin hæres præmoriatur, bona apud testatoris hæredes legitimos permaneant. Ita post plures alios sensere *Felin. Vasq. & alii in locis postea referendis.*

Primum enim apertissimi iuris est, appellatione mortis tantum naturalem mortem regulariter venire: & quæ de naturali morte in iure cauta sunt, ad ciuilem mortem nunquam pertinere, nisi lex hoc dicat: id est, extensionem aut suppletionem faciat. *Ita docet gloss. fin. in dict. c. placuit. el 2. 16. quæst. 1.* Quam opinionem originaliter Ioanni tribuunt & probant, *gloss. in dict. c. susceptum. 6. verb. non morte. de rescript. in 6. Oldrad. cons. 184. num. 4. sequitur etiam Alexand. cons. 139. num. 4. ibi addit. libr. 2. Iason l. 1. num. 1. vers. septimo limita. C. hæred. instituen. plures in id allegat Vasquius de success. creat. libr. 3. §. 21. num. 171. Duaren. ad l. Gallus. §. & quid si tantum. ibi Cuiac. infr. lib. & posthum.* Et hanc non modo Canonistarum, *y post Gomezium & Parisium, Simon de Prat. de interp. vlt. volunt. libr. 2. dub. 1. solut. 7. num. 8.* sed etiam Modernorum Legistarum hodie forte communem, & longe veriorem, æquiorem, tutiorem, & proximiorem testatoris voluntati sententiam esse, *Vasqu. loco præcitato* testatus est.

y Duæ sunt præcipuæ opiniones in hac materia. Vna Ioannis & Canonistarum, quã etiam Legistæ sequuntur. Altera Petri, Dyni, Cyni, Bartoli, & Legistarum communis: Quod mors ciuilis æquiparetur naturali, vbi eundem effectum habet. Reliquas opiniones nihil curo.

Estque ratio decidendi, quod sine lege supplere, id est, dispositionem iuris de specie ad speciem extendere non possimus, *Cuiac. in l. commodissime. infr. de liber. & posthum.*

Porro nullo iure relatum est, in nostra facti specie, mortis naturalis appellationem lege aliqua ad mortem spiritualem esse extensam.

Deinde & secundo communis quidem Legistarum sententia est: Quæ de morte naturali dicuntur, ad spiritualem pertinere, si plane eiusdem cum naturali effectus sit: vt post *Petrum & Dynum* docuit *Cyn in d. l. fin. n. 2. vbi sequuntur Bart. Bald. & reliqui. C. Episc. & cler. DD. in d. l. Gallus. § & quid si tantum. vbi Alciat. nu. 3. in repet. Alex. conf. 139. num. 8. lib. 3. Feltn. in d. c. licet vndique. num. 2.* qui hanc sententiam meliorem esse dicit priore illa deprompta *ex glossa d. c. placuit. & d. c. statutum.* Quam communem esse testatur & probat *Paris. cons. 5. num. 112. 150. lib. 4.* nisi specialiter de morte naturali prouisio facta sit, *Paris. ibi num. 151. Tib. Decian. cons. 86. num. 39. lib. 3.* Verum hoc dogma contrariam sententiam iuuare nihil potest.

Etsi enim magis communiter DD. visum sit, in nostra materia spiritualem mortem eundem cum naturali effectum obtinere: *Alex. cons. 13. num. 3. lib. 3.* in quam sententiam plures aduocat *Vasquius loco præcitato. nu. 171. vers. contrarium tenent.* Tamen id alii pernegant, *Felyn. d. c. licet. num. 2. prope fin.* Quum Minoritæ iure gentium. *Bologn. d. §. & quid si tantum. num. 60. in fin.* & alimentis vtantur, donec viuunt, *Alex. d. cons. 139. num. 8 9. lib. 3.* atque relictorum quo ad æstimationem & modicum aliquod, vt necessitatibus illorum succurratur, capaces sint: *Bart. libr. 1. Minoritar. dist. 2. cap. 2. & 3. & lib. 2. dist. 2. c. 1.* cuius sententia explicari potest ex traditis per *Gabr. Roman. d. reg. 1. num. 1. cum seqq. & nu. 12. vers. primo limita. & Mantic. de coniect. vlt. vol. lib. 8. tit. 6. nu. 28. & lib. 9. tit. 9. num. 13.*

Addendum & hoc: semel mortuos non reuiuiscere, nisi raro & miraculose: *Tiraqu. repet. l. si vnquam. verb. susceperit liberos. num. 170. C. de reuocand. donat. Clar. §. testamentum. quæst. 86.* Ideoque eorum nullam porro ducendam esse rationem, *Porc. cons. 23. num. 10.*

Fratres autem minores sæpe Pontificis indulgentia [z] (nihil quicquam obstante, *c. cum ad Monasterium. 6. in fin. de statu monach.* ad quem textum varias responsiones quæsiuere *Panorm. in c. quod Dei. in fin. vers. in gloss. fin. de stat. monach. Couarr. cap. 2. hoc eod. tit. Francisc. de Syluestris ad Thomam Aquinat. in summa contra Gentiles. lib. 3. cap. 124. Astexanus Minorita in sua summ. libr. 1. tit. 20. de voto. §. vndecimo. Porc. cons. 23 per tot.*) ex morte sua resurgere: & ad Episcopatus, Archiepiscopatus, Cardinaliciam dignitatem, imo ad summum etiam Pontificatum ascendere: id quod de Nicolao IV. Alexandro V. Sixto IV. & Moderno Pontifice Sixto V. constat, *Rodolph. Hospinian. de origine monachatus. lib. 6. cap. 13. in fine.*

[z] Pontificii hæc ad Papæ absolutã potestatem referunt. Dicunt, illi omnẽ potestatem in cœlo & in terra esse datam. *Marsil. Patau. pro Cæsare Ludouico, in præfat.* Addit Mascard. Deum & Pontificem facere vnũ tribunal, *in lib. 1. de probat. conclus. 262. num. 51.*

Vt proinde recte *Vasquius loco relato* scripserit, mortem ciuilem eundem cum morte naturali effectum nunquam inducere, nisi id nominatim lege positiua cautum fuerit. Et licet in casibus expressis eundem effectum operetur: tamen illud non ex necessitate naturæ, sed magis ex legis ciuilis dispositione proficisci.

74 Tertio & vltimo manifestum est, præcipuum totius huius disceptationis firmamentum ex materia votorum [a] monasticorum dependere. Nulla enim alia ratio facit, vt Monachi iure pro mortuis sint, nisi monasticæ

[a] Vbi nulla causa, ibi effectus nullus: Sed causa mortis Minoritarum spiritualis (puta, vota Monastica) secundum protestantium Theologorum sententiam, nulla est: Nullus ergo erit huius causæ effectus.

sticæ vitæ solennis professio. At lubricum hoc fundamentum esse omnes reformatatum Ecclesiarum Theologi contendunt.

Carolus Molinæus iureconsultus præstantissimus, vir iudicio incomparabili, *in addit. ad Alex. d. cons. 13.* hanc sententiam de indubitabili esse ait: Quod Professio Minoritatum in totum morti comparetur. Idem tradunt interpretes Augustanam Confessionem professi.

Vnde apparet, quanta erroris vis sit: & quod nimis vere Dec. noster alibi scripserit: vbi vna auis volat, ibi reliquæ sequuntur.

Refellitur enim hæc erronea opinio tribus præcitatis rationibus.

1. Quod mortis ciuilis appellatio non comparetur naturali, nisi in casu à iure expresso, secundum verissimam sententiam Canonistarum.

2. Quod non operetur mors ciuilis in proposito eundem effectum cum naturali, etiamsi Legistarum sententiam sequi velimus.

3. Quod omnia, quæ DD. hic disputant, ab vna quæstione de validitate votorum Monasticorum dependeant. Si valida sunt vota, merito subsistimus: si irrita, vti reformati doctores volunt, dubitatio cessat.

Pontifex Romanus arrogat sibi potestatem tales mortuos resuscitandi, vt in terminis respondit *Porc. cons. 23. per tot. & Panorm. Couar. Franc. de Syluestr. Astexan. locis præcitatis tradunt.*

75 Nam etsi *in c. cum ad monasterium. 6. de statu Monach. in fin.* Papa quidem profiteatur, se non posse voti obligationem tollere: dum dixit, contra castitatem, aut paupertatem Monachorum Romanum Pontificem licentiam concedere non posse: Et in hanc sententiam post Thomam plures aduocet *Couarr. d. c. 2. eod. tit.* Tamen hoc textu nil obstante, constat Pontificem dispensare.

Respondet ergo *Couarr. ad text. d. c. cum ad Monasterium.* 1. Quod is procedat, manente voto. Fieri enim non posse, vt quis & Monachus sit, & vxorem ducat. 2. dicit textum accipiendum ex modestia Romani Pontificis. Hæc ille *d. c. 2. num. 11.*

Franciscus de Syluestris ad Thomam Aquinatem, in summa contra Gentiles lib. 3. c. 124. alium colorem quærit. Quando Papa dispensat, (inquit) non dispensat contra ius diuinum, aut naturale: sed determinat, in casu aliquo sic non esse materiam congruam voti, quod prius erat.

Astexanus Minorita in sua summa *l. 1. tit. 20. de voto. §. 11.* vltra responsionem quam *Couar.* primo loco ex Scholasticis retulit, duobus aliis modis respondet: 1. quod scilic. Pontifex non dispenset, id est, sine magna & euidenti causa, quam putet DEO placere. Hæc est responsio Canonistarum communiter recepta, vt dicit *Panormit. in c. quod DEI. in fin. vers. in gloss. fin. extr. statu Monach.* Et ita post amplam disputationem concludit *Phil. Franc. ad rubr. vers. vigesimo sexto & vltimo prohibentur testari Monachi. ibi decimo septimo & vltimo quæritur.* vbi rationes pro & contra adducit: 2. Item; quod dispensare non possit iure communi, sed bene de plenitudine potestatis. Hæ responsiones diuersæ illæ quidem sunt: sed omnes ad vnum finem tendunt: quod textus præallegatus nil Pontifici obstet, quo minus spiritualiter mortuos exsuscitet.

Et quidem Minoritæ sæpissime resurgunt, & ad Episcopatus, Archiepiscopatus, Cardinalitiam dignitatem, imo ad summum Pontificatum ascendunt, vt 1. frater Hieronymus Asculanus, Nicolaus IV. dictus: 2. Alexander V. 3. Sixtus IV. Genuensis: 4. Sixtus V.

Sed repeto, quæ adduxi, tria fundamenta, à quibus, & maxime à votorum materia, decisio quæstionis pendet. Hic causæ cardo vertitur.

76 Si enim vota monastica, quæ Minoritæ faciunt, obedientiam, castitatem, & altissimam paupertatem profitentes, rata sunt, merito subsistimus. Si irrita sunt, inepta est DD. sententia, existimantium eiusmodi professionem mortem spiritualem inducere, quæ, quo ad propositum nostrum, morti naturali æquiparetur.

Est autem vita monastica antiquissima illa quidem, vt partim ex iuris nostri libris, partim ex historia Ecclesiastica, partim ex antiquissimorum patrum scriptis liquet. Sed de votis, quis illorum author sit, dubitari video.

77 Nam quidam Basilium Magnum votorum authorem esse perhibent. Franciscus Modius in libro singulari, de ordinum origine, progressu, &c. Basilius (inquit)

Cæsareæ

Cæsareæ Cappadocum antistes, circiter annum salutis humanæ c c c. l x x x i i i. obligauit Monachos, vt post annum, quo quis in Collegium venisset, si in eo vitæ instituto vellet permanere, voueret se caste victurum, nihil possessurum, ac dicto Præfectorum fore audientem, quo se in perpetuum omni abdicaret voluntate. Hæc ille.

Et hæc quidem res scrupulo carere non videtur.

Nam in Asceticis, quæ inter Basiliana hodie extant, copiosa est votorum atque professionis mentio.

Sed obseruandum longe alium Ecclesiarum, quæ ab Pontifice Romano diuortium fecere, sensum esse.

Primum enim Augustana Confessio, Augustini tempore (inquit) erant libera *b* Collegia, postea, corrupta disciplina, vbique addita sunt vota.

b Reclamat autem Robert. Bellarmin. in disputationibus: *tom. 1. controuersia quinta generali, libr. 2. cap. 6.*

Idem tradit Erasmus in vita Diui Hieronymi, quam eius operibus præfixit, & alibi, prout eum refert Hospinianus *lib. 3 de Hieronymitis cap. 4. fol. 70 & c. 8. fol. 78.*

Quod si Augustini & Hieronymi ætate libera adhuc Collegia Monastica fuere: Basilius Magnus votorum author esse non potuit. Nam Beatus Augustinus & Diuus Hieronymus sub Gratiano, Theodosio Magno, & eius filiis Arcadio & Honorio vixerunt circiter annum Domini c c c c. & aliquot postea annis. At Hippo vrbs, in qua Beatus Augustinus Episcopus fuit, à Vandalis Anno Christi c c c c. x x x obsessa fuit. in qua obsidione ille pater mortuus est; anno ætatis suæ l x x v. Quum Basilius Magnus sub Valentiniano & Valente fratribus Imperatoribus, circiter annum Domini c c c. l x x x. cum Damaso Papa, Dydimo, Alexandrino, & Gregorio Nazianzeno floruerit.

Secundo de Asceticis, quæ inter Basiliana extant, respondet Danæus in Isagoge Christiana, *parte 3. libro 3. cap. 28.* præter hæc tria, (id est, præter votiuam obedientiam, paupertatem, castitatem,) alii multa alia consilia inferunt, dum quisque canonicas sui ordinis regulas laudat, amplificat & defendit. Atque talium nugarum plenus est liber, siue volumen, quod inscribitur ἀσκητικά, id est, regulæ Monasticæ, qui falso Basilio Magno tribuitur, vti apparet ex stylo: quum sit Eustathii cuiusdam, Sebastiæ vrbis Episcopi, qui Monachatum primus instituit, & Gangrensi synodo damnatus est. Nam quod Hieronymus in catalogo scriptorum tribuit Basilio ἀσκητικὸν λόγον, de eo intelligendum est, qui incipit: μεγάλη μὲν δὲ βασιλεῖ, &c. Has nugas leget, qui volet. Hæc ille. Videatur omnino Hospinianus de origine Monachatus, *c. 3. circa princ. fol. 34. & circa fin. fol. 69.* Est enim caput illud valde prolixum, *& c. 4. fol. 70. & c. 8. fol. 78.* vbi hac de re agit. Quibus non dissimilia scribit Consalus Ponce de Leon in notis ad Beati Epiphanii physiologum *c. 22.* Eustathio enim primo inter Armenos Monastices authori, vulgo Basilii Ascetica adscribi testatur. Fuit autem is Consalus Sixti V. Pontificis cubicularius secretus.

Tertio Nazianzenus in oratione funebri Basilii Magni, testatur quidem, Basilium primum cœnobia instituisse: de votis ibi verbum nullum facit: quod omissurus non erat, si illa ἀσκητικά, quæ circumferuntur, illius essent.

Vt (inquit) non solum sibi, sed aliis quoque proficeret, primus cœnobia excogitauit: ritumq; illum Monachorum antiquum & agrestem ad ordinem quendam formulamque religioni propiorem reduxit. Hæc ille.

Meminit quidem ibi paupertatis, quod peculii cura ei nunquam fuerit: addens, si quid forte possederit, pauperibus affatim eum communicasse. Sed mox subiungit: Animaduerso (inquit) nihil Dei gratiam magis promereri quam benignitatem in pauperes: Hanc ita coluit, vt Xenodochium celeberrimum ædificarit, in quo ægri ac pauperes curarentur atque educarentur. Et paulo post: Ego hunc locum (intelligit Xenodochium Basilii) tanta magnitudine & nobilitate conspicuum contemplatus, septem orbis miraculis non inferiorem dixerim. Hæc ille.

Vnde perspicitur, etsi Basilius Magnus opes contempsit: eum tamen mendicum non fuisse. Non enim mendici extruere Xenodochia possunt, quæ iure inter mundi miracula referas.

Sed vtut sit, constat argumentum ab authoritate ductum, hic non concludere: Non enim sequitur: Hoc tradidit Basilius, Augustinus, Hieronymus: Ergo orthodoxa traditio est.

Con-

Constat enim, patres *c* suos næuos habuisse: idque DEVS ita permisit, vt intelligeremus, 1. nos tantum ad scripta Prophetica & Apostolica, non ad patrum scripta esse alligatos. 2. & ne altum nos saperemus. Si enim illi, qui Apostolorum temporibus viciniores, & pietate nobis longe superiores fuerunt, sua errata habuerunt: Quid de hisce mundi fecibus iudicandum?

c Patrum & sua errata ingenue agnoscit Beatus *Augustinus in can. Noli. d. 1. & 2. Distinct. 9.* Et *Diuus Anselmus in commentariis epist. 1. ad Corinth. ita scriptum reliquit:* In libris sanctorum Doctorum, quos authentice legit Ecclesia, nonnunquam inueniuntur quædam praua vel hæretica: non tamen pro his vel libri, vel authores damnantur. Tractarunt hoc argumentum ex professo cum Pontificiæ tum reformatæ religionis viri doctissimi, puta, Hieronymus Pragensis in oratione Poggii Florentini, quæ extat *in 2. tomo oper. Ioann. Hussii.* Thomas Morus contra Eduardum Leum, Tiraquell. *de nobilitat. cap. 31. num. 532. cum seqq.* Sixtus Senensis author Bibliothecæ sanctæ, *libr. 5. per tot.* Martinus Lutherus *in protestatione, libr. de abroganda priuata Missa, præfixa.* Idem in der Kirchen Postill super festo trium regum. Iuellus contra Hartingum *art. 8. sect. 17. & art. 15. sect. 12.* Salassus in defensione Palmeriana *fol. 280. & fol. 302.* & oratio de constituendo iudice controuersiarum religionis, &c. ab Vngaro quodam Basileæ edita.

Reuerenter ergo patres, reuerenter omnes Ecclesiæ Doctores veteres & recentes habeamus: *ἐπιείκειαν* Christianis dignam præstemus, vbi nobis errasse videntur: Et sciamus nos in eodem luto hærere: & in nullo errare (saluo Prophetico & Apostolico priuilegio:) diuinitatis, non mortalitatis esse.

Etsi enim vnicum religionis nostræ fundamentum est, & eatenus quidem omnes Christianos de fide sua certissimos esse oporteat: Tamen vox diuina & orthodoxæ antiquitatis scripta clare testantur, multos super fundamento extruere stipulas.

Irenæus & Tertullianus, antiquissimi Ecclesiæ Doctores in reprehensionem vocantur. Cyprianus à Cornelio Papa Romano, Eusebius Episcopus Cæsariensis à Basilio Magno, Chrysostomus ab Epiphanio, Hieronymus à Ruffino, Ambrosio & Basilio, Augustinus ab Ambrosio & Hieronymo, Cyrillus à Ioanne Antiocheno, Sabinianus Papa à Gregorio prædecessore, orbis orientalis ab occidentali, & proinde Ecclesia ab Ecclesia, Doctores à doctoribus, patres à patribus, sancti à sanctis, martyres à martyribus in nonnullis, quæ ad religionem spectabant, dissensere: quum quidem plus vno verum esse non possit.

Quinimo & Apostolorum temporibus erant nonnulli, qui dicerent: ego sum Pauli: alii, ego sum Petri, & sic inter se diuulsi sunt.

Omnia ergo probemus, quod autem bonum est, id teneamus.

78 Beatus Rhenanus in admonitione Tertullianei dogmatis: Hieronymi consilium sequantur, (inquit) Tertullianum suum interdum legendum esse monentis, quomodo Origenem, Nouatum, Arnobium, Apollonium, & nonnullos Ecclesiasticos scriptores, Græcos pariter & Latinos, vt bona eorum eligamus, vitemusque contraria, iuxta Apostolum dicentem: omnia probate, & quod bonum est, tenete.

Porro qui doctrinam de votis cognoscere, & de primario disputationis nostræ capite, recte iudicare vult: illum, Catholicorum, vti appellantur, atque reformatorum doctorum scripta inspicere oportet. Qui enim singulas quæstiones in contrarias partes examinat, quasi ferro sibi veritatis viam aperit. Vt supra, in orat. de iuris studio meminimus.

79 Porro, quum effectus testamenti in euentum mortis testatoris conferatur: adeoque contra iuris regulas recepta existimetur potestas testandi & disponendi de bonis post mortem suam: eo, quod mors omnia soluat: *d DD. in l. 1. C. de SS. Eccles. Dec. post alios ad rubr. num. 1. & 2. C. qui test. fac. poss. Alciat. in l. pactum. num. 12. C. de pactis. Bolognet. l. stipulatio hoc modo. num. 12. infr. verb. obligat. Pec. de testam. coniug. lib. 1. cap. 8. num. 1. l. in tempus. 62. infr. hæred. instit.* Hinc ergo aliqui opinionis errore lapsi existimant, testamentum non ex iustitia, sed ex gratia valere. *glos. in l. illa institutio. 31. in princip. verb. pendere. infr. hæred. instit. Rolandin. de testam. rub. 1. num. 4. Natta de statut. q. 4. num. 51. Guil. Benedict. repet. c. Raynutius. verb. testamentum. el. 1. num. 5. extr. testam. & post alios Vasqu. de success. creat. lib. 1. §. 2. ante num. & lib. 2. § 2. num. 40. cum seqq.* Vt enim stipulatio post mortem concepta valet: *l. scrupulosam. 11. & § post mortem. Instit. inutil. stipulat.* Quum hæredis & defuncti vna persona sit: & proinde actiones ab hæredibus & contra hæredes incipiant: *l. vnic.*

l. vnic. C. vt act. ab hared. & cont. hared. Donell. l. stipulatio ista. §. alteri. nu. 36. cum seqq. infr. verb. obligat. Cuiac. lib. 3 obser. cap. 34. Ita quæ testator post mortem fieri voluit, iure subsistunt: quum successio surrogatiove morte non soluatur: sed tum primum lege naturæ obtineat, *Vasqu. de success. creat. in præfat. n. 5.* quam ars & regula iuris imitantur, per supra dicta. Ergo in tempus inhabile haudquaquam confertur effectus dispositionis testamentariæ: quæ non tam de bonis quam de successione atque surrogatione est, Iustiniano dicente, hæredis institutionem caput atque fundamentum totius testamenti intelligi, *§. ante. Institut. de legat.* e

e *Dec. ad rubr. C. qui testam. fac. poss. nu. 6.* dicit: testatoré repræsentatiue viuere. Sed dicit, hanc responsionem non tollere obiectioné: quum fictio contra equitatem inducatur.

DD. quantum colligere potui, duo fundamenta habent, quibus probare volunt, 80
testamenti faciendi ius non ex iure, sed ex mera gratia competere.

1. Argumentum hoc est:

Paria sunt, siue quid fiat tempore inhabili, seu prohibito, an vero fiat tempore habili & permisso, si eius effectus in tempus vetitum, vel inhabile conferatur, *l. 1. & l. quod sponsa. C. donat. ante nupt.*

Sed testamentum fit tempore quidem habili, verum eius effectus confertur in tempus inhabile:

Ergo testamenti factio iure non competit, sed ex gratia.

Hoc argumentum recitat *Vasqu. de success. creat. libr. 1. §. 2 ante num.* Minorem probo: Quia mors omnia soluit: Et proinde dispositio in tempus confertur, quo amplius res testatoris non erit.

Respon. I. Minoris probationem hoc syllogismo constare: Mors omnia de iure soluit. Soluit ergo etiam testamenti factionem, vt illa iure non subsistat, sed ex gratia.

Ex puris particularibus nil sequitur. Mors quædam soluit, non soluit omnia. *Sebast. Medic. in tract. Mors omnia soluit. part. 3.* Non soluit surrogationem. Ergo neq; effectum dispositionis de surrogatione. Imo pro substantia surrogationis mors omnino necessaria est.

II. Vt minoris probatio nil concludit: ita etiam minor plane neganda est: quod scilicet testamentum fiat tempore habili, sed eius effectus conferatur in tempus inhabile. Cuius consectarium est, quod testamenti confectio non sit secundum iuris regulas. Nego, inquam, hæc omnia.

Tum (1) quod ars & ius nostrum, seu fictio iuris per omnia, quo ad eius fieri potest, naturam imitetur. Præcepta inquam, & regulæ iuris imitantur naturam, vt supra dixi.

Porro surrogatio naturalis exigit, vt illa res, cui surrogatio facienda est, moriatur, extinguatur, aut abscedat. Ita enim nocti dies, hyemi æstas, folia cadentibus foliis succedunt. In quam rem multa eleganter adfert *Vasq. de success. creat. in præfat. nu. 5.* Ita etiam surrogatio ciuilis, puta, successio ex testamento, vel ab intestato, mortem testatoris, & eius requirit, de cuius successione agit.

Tempus ergo mortis testatoris est tempus habile & idoneum successionis, surrogationis, repræsentationis, secundum naturam, & secundum regulas iuris, quæ naturam imitantur.

Quare quum tempus mortis sit tempus surrogationis habile: sequitur dispositionis testamentariæ effectum, quæ in tempus mortis confertur, non in tempus inhabile, sed in tempus habile conferri. Et sic minor falsa est.

Tum (2) quod in testamentis non tam de bonis, quam de iure successionis, surrogationis, atque repræsentationis disponatur, f (ne quis nobis opponat, testatorem per mortem desinere esse dominum rerum suarum.) Caput enim testamenti est hæredis institutio: cætera omnia accessorie veniunt, & quodammodo incidenter. Inspicimus autem illud, quod principaliter, non quod incidenter & accessorie fit. Accessoria autem sequuntur principalis naturam. Ergo licet per mortem testator bona habere desinat: at non successorem habere desinit, quin potius tunc primum hæredem accipit, à quo repræsentatur.

f De hac materia, & qualiter hæres defunctum repræsentet, differit *Philipp. Casol. in tr. de testam. num. 5. cum sequentib. vsq; ad fin.*

II. Argumentum producit Alciatus *in l. pactum quod dotali. num. 12. C. de pactis. ex d. l. in tempus. infr. hared. instituen.* Quod quis (inquit) post mortem de patrimonio disponit, specia-

speciali legis indulgentia concessum est: quia in id tempus dispositio procedit, quo res amplius sua non est, & ad hanc decisionem comprobandam allegat *d.l.in tempus.*

Verba Modestini sic habent: In tempus capiendæ hæreditatis institui hæredem posse, beneuolentiæ est, veluti: Lucius Titius quum capere poterit, hæres esto. Idem & in legato.

Ponderat Alciatus cum aliis verbum illud beneuolentiæ, & illi opponit regulas iuris.

Respon. I. Alciatum, & qui cum eo sentiunt, deceptos esse fallacia figuræ dictionis. Quod enim Iureconsultus dixit, beneuolentiæ est, idem significat, ac si dixisset, humanum vel benignum, vt *Cuiac. ad d.l.in tempus.* aliis authoritatibus productis, ostendit. Vulgatissima est ea phrasis veteribus Iureconsultis: benignior sententia, humanior sententia est.

Porro si humanas aut humaniores, benignas aut benigniores iurium interpretationes cum regulis iuris committere voluerimus, multo maximam legum partem non ex iure, sed gratia profluxisse concedendum erit.

II. Respondeo, plane Alciatum errare, dum *d.l.in tempus.* ad hanc materiam accommodat. Non enim Iureconsultus ibi agit de nostra materia, quod videlicet mors testatoris sit habile vel inhabile tempus, in quod effectus dispositionis testamentariæ conferatur. Sed tractat quæstionem: vtrum is, qui successionis incapax nunc est, in id tempus institui possit, quo capere poterit: & decidit, quod sic: Hanc sententiam humaniorem & benigniorem esse ostendens. Tractat ergo illam regulam: Vtrum hæres ex die institui possit: Regula autem est: Etsi hæres pure & sub conditione institui possit: ex certo tamen tempore, aut ad certum tempus id haudquaquam fieri posse, veluti post quinquennium, quam moriar, vel Kalendis illis, vel vsque ad Kalendas illas hæres esto. Vitio ergo temporis sublato, manet institutio.

Ita Papinianus *in leg. hereditas. 34. infra hered. instit.* & Imperator *in §. heres. Institut. eod.*

Sed quid, si talis casus occurrat, vbi tempus reiici non potest, an concidat tunc institutio? puta, tu hodie incapax es: Ego te instituo quum capere poteris. Hic dies incerta & tacita, quum capere poteris, non potest reiici. Quæritur ergo, an concidat institutio. Et videtur, quod sic. Ratio dubitandi, quod Papinianus & Iustinianus dicunt, institutionem ex die certa factam ideo valere, quod vitium temporis reiici possit, ac pro eo habeatur, ac si pure quis esset institutus. At hic reiici non potest tempus. Videtur ergo institutio concidere. Contrarium deciditur. Ratio decidendi I. quod hæc sententia sit benignior in nostro casu. II. Ratio, textus Papiniani & Iustiniani loquuntur in die certa & expressa: at aliud est in die incerta tacita. Multa enim expressa nocent, quæ non expressa, non nocent.

Hinc idem Papinianus, quum regulam constituisset, actus legitimos, qui non recipiunt diem vel conditionem, in totum vitiari per temporis, vel conditionis adiectionem: statim exceptionem addit, nonnunquam tamen actus supra scripti tacite accipiunt, quæ aperte comprehensa, vitium adferunt, *in l.actus.infr.reg.iur.*

Hinc etiam exceptio nata est: Etsi ex die certa, inquam, & expressa nominatim hæreditas dari non possit: aliud tamen in die incerta & tacita esse. Valet ergo institutio sic facta: instituo te, quum capere poteris, *d.l. in tempus.* instituo te, quum adoleueris, *l.si mater.33. infra de vulgar.& pupill.* instituo te, post mortem Sempronii, *l. qui filio.38. infra hered.instit.* Instituo te, quum morieris, *l.extraneum.9.C.hered.instit.* Nam etsi post mortem suam nemo recte hæres instituatur: quum morietur, tamen rectissime instituetur. Eam ob causam, quod momentum moriendi vitæ potius quam morti tribuatur. Hæc est materia *d.l.in tempus.* quam *Alciat.* perperam huc trahit. De qua videndi sunt vltra DD. in sedibus ordinariis *Gozadin.l.fin.num.10. C.pact. Io.Roy.de success.cap.24.num 5. Zuchard.l.1.num.156.C.de pact. Crot.l.1. §.nunciatio.num. 79.ff noui oper.nunc. Nicol.Vall.de rebus dub. rubr. qui in reb. human.non est. num.5. Vasqu.de success.progress.lib.1. §.3.num.32. Cacher. decis.130.num.8. Alphan. in report.num.288. & Delrio in remiss.pag.84. & Cuiac. libr.3. obseruat. cap.34.*

81 Plurimum tamen Contractus ab vltimis voluntatibus distant. Et hæc definitionis pars inter Voluntates vltimas & inter contractus differen-

tiam constituit. Nam vltima Voluntas ambulatoria est vsque ad mortem, & eius effectus post mortem tantum est: At inito contractu, statim fit debitor & creditor, etsi in tempus mortis, vel sub conditione executio differatur, *l. is cui. 41. infr. act. & oblig. §. ex conditionali. Instit. verb. oblig. d. l. scrupulosam. d. l. vnic. in rubr. & nigr. C. vt act. ab hered. ita tradit Bart. hic. ibi Bald. num. 3. Castr. nu. 3. & 6. & Duaren. sub rubr. quid sit testamentum. Couar. part. 1. ad rubr. num. 5 extr. eod. Petr. Greg. in syntag. iur. part. 3. lib. 42. cap. 2. num. 10. VVesenb. cons. 38. num. 48.*

Differunt Contractus & vltimæ Voluntates.

I. Nam vltima Voluntas est ambulatoria vsq; ad mortem. Hinc sequitur I. Quod posteriore testamento rite perfecto, tollatur primum. II. Deinde hinc sequitur, testamentum neque 1. essentia, neque 2. vi & effectu, 3. multo minus executionis respectu perfectum esse, ante mortem testatoris. Neque enim dicitur testamentum, aut hæres, aut hæreditas ante mortem testatoris. At in contractibus nescit vox semel missa reuerti. Sunt enim ab initio Voluntatis, ex post facto necessitatis, *l. sicut. C. act. & obligat. Bolognet. l. stipulatio hoc modo. num. 37. infra verbor. obligat.* Hinc sequitur 1. statim inito contractu, dici creditorem, debitorem & contractum. Hinc sequitur 2. Contractum statim perfici, quo 1. ad essentiam, 2. vim & effectum sine retractatione, 3. licet executio differatur, vt in contractibus fit sub conditione celebratis, item, in quibus in tempus mortis executio differtur, *adde infra numero 84. in addit.*

II. Differunt. Nam singulariter priuilegiatum est testamentum, quod non censetur priuati hominis ordinatio, sicut est viuentium conuentio. Hinc dicitur testamentum publici iuris, non priuati, *l. 3. hoc tit. nostro. Alber. à Rosat. in tract. statut. quæst. 13. nu. 20. Franc. Balduin ad leges 12. tabul. cap. 29. prope fin. Ang. in tract. de testam. in princ. num. 38.* Quia quicquid testator disponit, non priuata, sed legalis est ordinatio, *§. disponat. in auth. de nupt. quam differentiam pulchre tractat Ioan. Campeg. de dote. qu. 18. num. 3. vbi vide.*

III. In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur, quam in contractibus, *l. in testamentis. 12. inf. de regul. iur. vbi Dd. Constantin. Roger. de iuris interpret. part. 8. num. 40. cum seqq. Mantica de coniect. vlt. volunt. tit. 1. num. 14. lib. 7. Natta cons. 626. num. 24.*

IV. Testamentum per ipsum testatorem conficitur: non per alium, nisi in casibus specialibus: At in contractibus regulariter procurator interuenire potest.

Porro hæc sententia: quod vltima Voluntas vsque ad mortem ambulatoria sit: *c. vltima voluntas 13. q. 2. l. si fratres. 53. §. Idem respondit. supra pro socio. l. 4. infr. adim. legat. §. posteriore. Instit. quib. mod. testam. infirm. l. 1. C. SS. Eccles. Ioan. Gut. de vlt. volunt. quib. acced. iur. cap. 1. num. 1. p. 2. Natta de statut. q. 4. num. 51.* extenditur. I. Nam etsi forma testamentorum iuris ciuilis est: *Ias. in l. ex hoc iure. num. 47. supr. institut. & iur.* in quo omnes DD. conuenire dicit *Vasq. de success. creat. §. 1. num. 1. versic. vnde cum omnes.* Libertas tamen testandi & ipsa testamenta origine iuris gentium sunt, *Theophil. §. ius gentium. Instit. de iur. natur. gent. & ciuil. Bart. l. interdum. nu. 7. supr. condict. indeb. Bologn. ad l. stipulatio hoc modo. num. 13. 14. 15. infr. verb. oblig. Dec. ad rubr. num. 9. ibi bona additio. C. qui test. fac. poss. Turzan. opin. 100. Ioann. Anchor. q. 25. num. 18. lib. 3. Sim. de Præt. de interpret. vlt. volunt. lib. 1. dub. 3 fol. 13. num. 6. plures in id adducit Vasq. de success. creat. lib. 1. §. 1. num. 1. versic. tertia opinio. Iacob. Richar. de vnion. prolium. cap. 3. num. 44. And. Barbat. de præstantia cardin. q. 1. num. 4. Cuiac.* g *in l. 1. hic.* & magis communem pronunciat *Clar. d. §. testamentum. quæst. 2. arg. l. si testamentum. 10. C. de testam.* h verissimam & communiter receptam sententiam dicit Albert. Bolognetus, *de lege, iur. & æquitate. cap. 16. n. 9. 10. 11.* Con- 82

g Cuiacius dicit testamentum esse iuris gẽtium, factionem testamenti iuris ciuilis. Quod in idem cum communi DD. sententia recidit.

h Inductio huius textus est apud Turzanum. Per rescriptum principis testamentum perfectum non rescinditur: At si iuris ciuilis esset, rescripto tolleretur: quum quæ iuris ciuilis sunt, a principe tolli possint. Apud Germanos tamen iam olim in vsu non fuit, vt ex Tacito notat *Albert. Bologn. de lege, iure, & æquitate. c. 16. num. 10.*

Contrarium autem tenet *gl. in l.1. verb. nostra. infr. acquir. rer. domin. glos. in l. quidam sunt. 17. verb. non habeant. infr. de pœnis.* quas sequuntur DD. relati *per Clar. d. quæst. 2. & Vasq. qui plures citat. d. §. 1. num. 1. vers. vltima fuit opinio. Benedict. Bon. de censibus, art. 25.* Idque ea ratione, Quod quum Apolides seu deportati *i* ea, quæ iuris gentium sunt, retineant: *d. l. quidam sunt. l. si mandauero. 22. §. is cui. supr. mandati.* Tamen testamenti factionem actiuam & passiuam amittant, *l. eius qui. 8. §. 1. infr. eod. l. 1. §. hi quibus. infr. legat. 3. l. 1. C. hæred. instit.* Et hoc ius multis etiamnum in locis vigere, *Bodin. lib. 1. de republ. cap. 6. (fol. 61.) & 62. in edit. Paris. Anno &c. 86. testatur.*

i Deportati omnia ea retinent, quæ sunt iuris gẽtium. Deportati non retinent testamenti factionem. Ergo testamenti factio non est iuris gentium.

1. Cuiacius concederet totum argumentum. Dicit enim, testamentum esse iuris gentium: factionem testamenti secundum leges ciuiles esse iuris ciuilis.

2. Ego aperte respondeo cum DD. Apolides retinent ea, quæ sunt iuris gentium in totum: At non sic est de testamento: quin eius forma iuris ciuilis est.

Verum nihil hæc priori sententiæ obsunt. Retinent enim deportati ea, quæ in totum iuris gentium sunt: quum vniuersa testamentorum forma sit iuris ciuilis, per prædicta. Ergo miles, qui iuris ciuilis regulis solutus est, & iure gentium testatur, deportatum hæredem instituere potest, *l. neque. 14. §. 1. infr. milit. testam.*

Vltra hæc, nouum dogma commentus est *k Vasq. loco præcitato, num. 4.* Quod testamenta origine sint iuris ciuilis: approbatione autem, receptione, hospitio (vt ipse loquitur) iuris gentium secundarii. Ex cuius absurda ratiocinatione sequeretur, de manumissionibus quoque, bellis, dominiorum distinctione, commerciis idem iudicandum: Et proinde male Vlpianum & Hermogenianum *in l. 4. & 5. supr. iustit. & iur.* indistincte hæc inter iuris gentium effecta retulisse.

k Vasquius loco præcitato vere & recte distinguit: ius gentium in primæuum, quod cum ipso hominum genere extitit, & in secundarium, quod vsu exigente, & humanis necessitatibus est introductum. Errat autem dum existimat testamenti factionem, quæ non cum ipso hominum genere vna vbique extiterit, sed vsu exigente, modo in hac, modo in illa republ. recepta sit, iuris ciuilis inuentione, approbatione iuris gentium esse. Quod pugnat 1. cum diuisione iuris gentium ab Imperat. & a IC. proposita. Non enim omne ius gentium vna extitit cum genere humano: sed quædam species, vsu exigente, est recepta, non apud omnes in vno instanti, sed apud omnes vsu exigente. 2. Si vera illius doctrina esset: tum omnia illa, quæ recensentur *in l. 4. & 5. supra inst. & iur.* essent inuentione iuris ciuilis, approbatione iuris gentium. Quia contractus, manumissiones, & alia apud omnes gentes, non in vno instanti, sed vsu exigente, recepta sunt. At clare IC. dixit ibi, illas res non approbatione, sed origine esse iuris gentium. Ait enim obligationes iure gentium esse institutas, exceptis quibusdam, quæ à iure ciuili introductæ sunt.

II. Hæc sententia ampliatur. Nam quodlibet testamentum tacitam in se conditionem habet, si non fiat aliud, *Paris. cons. 10. num. 5. lib. 3.* Vt proinde cautelam Notariorum, testatori liberam testamenti reuocandi facultatem reseruantium, irrideat Zasius *in l. stipulatio hoc modo. num. 50. infr. verbor. oblig.* Quam tamen plurimum commendat *Dilect. de arte testandi tit. 10. caut. 2. num. 6.*

83 Hinc autem sequitur, posteriore testamento, quod legitime confectum sit, prius tolli: vsque adeo, vt in posteriori iuris solennitas ordinaria sufficiat: licet in priori maior fuerit adhibita, *l. si quis priore. 29. infr. ad SC. Trebel. §. posteriore. cum §. seq. Instit. quib. mod. testam. infirm.* Et hanc quidem materiam DD. ample pertractant *in l. quoties. C. hæred. instit. Angel. in tr. de testam. glos. 105. num. 1. Couarr. ad rubr. part. 2. per tot. extr. eod. Dilect. de arte testandi tit. 10. caut. 1. per tot. Tiraquell. de iure primigen. q. 24. nu. 5. Paris. d. cons. 10. Guilhel. Bendict. repet. cap. Raynutius. part. 1. verb. testamentum. & 2. per tot. Iul. Clar. d. §. testamentum. q. 94. 96. 97. 98. 99. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 17. num. 71. cum seqq. Idem de success. resolut. lib. 1. §. 1. per tot. & §. 2. vsque ad num. 8. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 4. dubit. 2. §. tertia superest & vltima. Francisc. Mant. de coniect. vlt. volun. lib. 6. tit. 2. num. 19. & seqq. & lib. 12. tit. 1. & tit. 8. Petr. Greg. in syntagm. iur. part. 3. lib. 44. cap. 1. nu. 7. vsque ad fin. Graf. §. testamentum. quæst. 84. 86. 87. 88. 89.*

Et qua ratione *l* etiam sine testamenti alterius confectione testamentum reuocetur, tradit *Parif. cons. 46. num. 19. cum seq. lib. 3. Dilect. tit. 10. caut. 3. Clar. d. §. testamentum. quæst. 91. 92. Petr. Greg. dict. lib. 44. cap. 1. num. 6. Graff. dict. q. 84. num. 2. vsque 5.*

III. Hæc sententia ampliatur, vt idem sit in successione mutua. *m* 84
Verum ne impingamus, sic in hac materia distinguendum fuerit.

Aut enim loquimur περὶ ἀλληλοκληρονομίας, quoties scilicet vir & vxor in iisdem tabulis se mutuo instituunt: quod & alii facere possunt, *l. captatorias. 70. infr. hæred. instit. Cuiac. lib. 16. obseru. cap. 36.* Et nullum dubium est, quin ex coniugibus simul testatis, vnus suam dispositionem reuocare possit. *Mynsing. obser. 8. cent. 1. Petr. Pec. de testam. coniug. lib. 1. cap. 43. 44. Gail. obs. pract. lib. 2. obseru. 117.* quod pluries factum memini, maxime reseruationibus coniugum factis: & dispositione, ad bona, tempore mortis quæsita, diserte limitata. Aut de pacto disputamus.

Pacta inter tertios inita, à quibus bona non proueniunt, nihil libertati testamenti officiunt: etiamsi is, de cuius bonis agitur, illis consensum accommodet. Quæ est materia *n l. fin. C. de pact. l. ex eo. 4. C. inutil. stipul.*

At si à tertio bona prouenerint, is vtique pactis restringere poterit testandi facultatem. Domino enim rei integrum est, vt ab initio legem successioni, quam velit, dicat, *Bolognet. l. stipulatio hoc modo. num. 37. 38. 40. 41. infr. verb. obligat. Cacheran. decis. 100. num. 9. & 10.* Hinc sunt census prædiis lege testamentaria impositi, *de quibus differit Benedict. Boni. in tr. de cens. art. 25. Ioann. Campeg. d. dote q. 18. num. 3. Iacob. Rich. de vnion. prolium. cap. 17. 18.* Hinc pacto concedentis fieri potest, vt primogenitus tantum in emphyteusi succedat, *Tiraq. de iure primigen. quæst. 6. num. 10. & 29.* Hinc testatorum præcepta de bonis extra familiam ad nobilitatē conseruandam inhibentia, *l. filiusfamilias. 116 §. Diui. ibi Bart. Bologn. Romulaus, Delrio in remiss. pag. 92. & cæteri omnes. infr. de legat. 1. Parif. cons. 37. num. 25. lib. 2. Tiraq. de nobilit. cap. 31. num. 535. Cacheran. d. decis. 100. num. 9. 10. 28. Decian. reg. 39. alienationis. Hotoman. cons. 72. num. 8. & seqq.* Hinc vulgaris regula existit: Quod in materia feudali ante omnia inspiciatur inuestitura, quæ omni iuri & naturæ feudali derogat, *o cap. 1. vers. nisi facta fuerit eo pacto inuestitura. de fratr. de nou. benef. inuestit. c. 1. in fin. vers. propter naturam inuestituræ. de duob. frat. à capit. inuest. ibi Bald. num. 3.* dicens illum textum egregium & notandum ad hoc. *Bald. in l. quoties. num. 4. C. suis & legit. hæred. Idem cons. 215. proponitur. num. 4. lib. 2. Aluarot. cap. 1. num. 2. de Vasal. decrep. ætat. Curt. in tract. feud. part. 2. quæst. 2. principal. num. 43. VVesenbec. cons. 41. num. 84. & num. 103. cons. 74. num. 84. 86. Mynsing. obser. 76. cent. 5. Gail. obseruat. pract. lib. 2. obser. 50. num. 13. & lib. 2. de pace publ. cap. 13. num. 4.*

At pacta cum eo, iisve inita, de cuius, quorumve successione agitur, distinctionem recipiunt.

Aut enim sumus in materia donationis *p* inter viuos, puta, dono tibi bona mea post mortem meam irreuocabiliter & inter viuos: Vel promissio mutua fit de succedendo per stipulationem causa donationis inter viuos. Talis enim promissio, secundum distinctionem, quæ infra proponetur, valet: quum non sit pactum de successione, sed obligatio descendens ex cōtractu de præsenti inter viuos celebrato: Ideo tenet irreuocabiliter. *Dd. ordinarie in l. fin. ibi Cyn. num. 8. 9. Ros. num. 2. 3. Bart. num. 10. 11. Salycet. nu. 4. & seqq. pulchre Alciat. num. 68. vsque ad fin. Bolog. num. 9. C. pact. Bart. & DD. in d. l. stipulatio hoc modo. ibi Bologn. num. 110. vsque 130. maxime nu. 125.* vbi hanc commu-

l Plenā expositionem vide infra circa expositionē textuum ad *leg. hæredes palam. §. si quid post. h. tit. n.*

m Pacta vicissitudinaria aut incidūt in contractum, & tenent, aut sunt pacta successoria, & nulla sunt, nisi iuuentur statuto, aut consuetudine. *Vide Cacheran. decis. 100. Hotoman. cons. 72.*

n Hanc regulam octo modis limitat *Socin. regul. 344. pactum de hæreditate.*

o Feudorum successio defertur 1. Aut secundum vsus feudales. 2. Aut secundum consuetudinē curiæ. 3. Aut iuxta tenorem inuestituræ, qui omni iuri derogat. Casus. In certo territorio p̄tenditur vigere cōsuetudo, vt deficientib. agnatis, filię succedāt. Moritur, aliqs sine agnatis, alii inuestiti occupant feuda. Filiæ fundant se in consuetudine: Inuestiti in tenore: Daß die Güter sollen vermanet werdē. Casum habeo in causa grauissima.

p Aliud est in donatione inter viuos, quæ mortis exigit cōfirmationem, vt inter patrem & liberos, item, inter coniuges, *Modest. Pistor. cons. 19. nu. 17. cum seq. lib. 2.*

communem dicit *Bart. l. nam si cum moriar.nu.3 supr. condict.indebit.Bald.in l.quæ dotis.num.7. Ias.num. 40.ff.solut.matrimon. Boer.decis.353.num. 11.12. Imol.l.diuortio.infr.de verb.oblig Vincentius Franch.decis.213.num.9. Bened.cap. Raynutius.verb.testamentum.el 4.num.23.ext.eod. Rich.de vnion.prolium.cap.3. num.17.18.Dec.l.pactum.num.3.C.collat.Tiraq.de iur.primigen.quæst.6.num.8.31. 32.33.Gail.*q *obser.pract.lib.2.obs 126.num.6.tot.tit. vt action. ab hæred. & contr. hæred.incip.Grass §.successio ab intestato.quæst.9.num.18. Oldrad.cons.114.num.1. cons.139.num.1. Ludouic. Roman.cons.26.num.1.ibi addit. Dec.cons.655.num.11. Guid.Pap.cons.31.num.1.& 2.Paris.cons.24.num.56.lib.2.cons.1.num.123.lib.3. Roland.cons.61.num.13.lib.2. Cephal.cons.598.num.41. Natta cons. 270.numer.3. Mandel cons.4.num.18. Godenus cons.101.num.10. Decian.cons.7.num.116.lib.1. Fichar.cons.70.num.1.lib.2. Ruin.cons.170.num.17.lib.1.cons.65.num.13.14.lib.2. Alb.Brun.cons.feud.135.mihi col.7. vers.tertio moueor,quia ista conuentio. Bursat. cons.136 Hotoman.cons.72.num.15.& num.44.*qui ait: superiores omnes Iureconsultos, Doctores & pragmaticos concordissime vna & mente & voce consentire: quod talis conuentio valeat ex æquitate ciuili & naturali,& ex consuetudine in orbe terrarum passim visitata, recepta & comprobata. *Alciat.in l. cedere diem.num.18.inf.verbor signif.Donell.l.eum qui Calendis.§.quoties autem.num.25.inf.de verb.oblig. Cuiac.lib.3.obseru.35.& in paratit.ad rubr.vt actio.ab hæred & contr.hæred.incip.*

q Quo pacto donatio causa mortis, re dubia, a donatione inter viuos mortis habente mentionem, secernatur, *not.infr. numer.123.* Sed de effectu eiusmodi donationum inter viuos quæritur: in quo ita distinguendum.

Aut cum moriar, dare promitto, & videbis not.*per Bartol. & DD. in dict.l. nam si cum moriar. supr. condict.indebit.*

Aut donatio facta est post mortem: & distinguenda erit conditionalis dispositio ab ea, in qua mortis dies sine conditione posita est.

Conditionalis dispositio est donatio mutua: quod dubium non habet. Talia etiam sunt pacta confraternitatum inter principes.

Sed etsi mutua non sit donatio, conditionalis esse potest: nec propterea donatio causa mortis erit, *Tiber.Decian.cons.7.num.116.lib.1.*

Donare possum sub qualibet conditione, puta.si sine liberis decessero, aut si aliud quippiam fiat, *Alb. Rosat.l.fin.n.2.C.de pact.*

De hisce donationibus regula teneatur: Contractu semel inito, perfectam esse obligationem, quamuis pendeat executio. Perfecta inquam est obligatio, hactenus scilicet, ne donator interim à contractu discedere possit, *Petr.Gregor.in syntag.iur.lib.28.cap.7.num.12.vide supra num.81.Sebast.Medices in definitione 76.num.24.25.*

In aliis ita porro subdistinguendum.

Aut promisi vel donaui (inter viuos quidem, sed) post mortem, & obligatio ab hærede incipit: quum non solum dies, sed & obligationis substantia post mortem collata sit, *l.vnic. C.vt action. ab hæred. & contr.hæred.* ita intelligatur *Bart. in l. ita stipulatus. num.41.infr.de verbor.obligat. DD.in §.post mortem. Instit.de inutil.stipulat. Alciat.d.l.cedere.num.*20. Hic est sensus *d.l.vnic. Hugo Donell.l.stipulatio ista.38.§.alteri. num.36.infr.de verb.obligat.*

Aliud est promittere post mortem: aliud est promittere, vt post mortem aliquid ad te perueniat.

Aut promisi vel donaui inter viuos de præsenti, executione post meam mortem collata: hæc distinguitur primum à donatione causa mortis, in qua substantia contractus in tempus mortis confertur, non sola executio, *Bald dict l. quæ dotis.num.7.ibi Ias.num.40.41.Vincent.Franch.Ruin. Natta, Roland.Mandel. Gœden. Fichard. loco relato.*

Deinde differt & à donatione inter viuos, cuius substantia post mortem collata est, vbi obligatio ab hærede incipit: At in hac longe aliter sese res habet.

Dies mortis refertur ad sola executionem.

Hinc scribit Oldradus, *d.cons.139.num.1.* bona sua vel eorum partem potest quis alii donare post mortem: Hæc autem bona debentur ex obligatione statim effectum habente, quantum ad obligationem, licet differatur, quantum ad exactionem seu executionem. Quod sequitur Dec.*d.cons. 655. Boer.d decis.353.n.11.plura allegat Bened.repet.c.Raynutius.verb.testamentum. el 4.num.23.extr.eod.tit.* Hinc Petr.Gregorius *in syntag.iur.lib.28.cap.14.num.11* Potest esse adiectio mortis, taxatio temporis donationis inter viuos: veluti, si dicatur: vt post mortẽ donata perueniant ad eum, cui donatur: in quo tamen donatiò simplex, & inter viuos cum modo constituitur. Quo casu differtur actio tantum post mortem donantis. Hæc ille. Modus enim etsi proprie capiatur, neq; obligationis neque actionis natiuitatem impedire potest: Vti neq; conditio executioni inserta id efficit: *Bart.in l.1.nu.3.infr.condit.& demonstrat.Bart.in l.item quia.vers.huius rei.ad fin.supr.de pact.idem in l.tales scriptura.§.fin.in fin.infr.legat.1.Bart.in l.3.ibi Bald.n.2. C.arbit.refert Dec.l.in omnibus. n.7.inf.reg.iur.*

Vtitur autẽ Gregorius modi appellatione ἐν πλάτει. Tripliciter enim hac voce in iure vtimur. Primo, pro forma cum moderamine, vt dicitur: est modus in rebus, &c. *Straccha de proxenet.part.2 n.3.* Quæ appellatio nihil huc pertinet. Secundo, pro onere apposito, in vim eius modi, in quem dispositio confertur: ita loquuntur omnes textus & DD. qui tractant de modo, teste Bartolo *in l. quib.diebus.§.Termilius.n.2.ff. condit.& demonst.* Et hic procedit theorica; Quod modus, inspecto principio, à conditione differat, cum natiuitatem actionis minime impediat, sed tantum executionem: exitu autem considerato, conditioni parificetur: quod modo non impleto, resoluatur donatio: vti conditione deficiente, conditionalis donatio concidit, *Gulielm.Redoan.de Simon.p.2. cap.6.nu.7.* Tertio, large, pro omni qualitate, dispositioni adiecta. *Ita Bart.d.§.Termilius.num.1. Angel.in tractat.de testamen.gloss.54.n.1.Medices definit.81.nu.8.* Hoc sensu Gregorius, donationem eiusmodi modalem, id est, qualificatam appellat: Modo deficiente, deficit donatio. At qualitas

 hæc

hæc promissioni adiecta, præmoriente donatario, deficere nequit: cum ad hæredem donatarii res donatæ tunc pertineant, *Donell.d.§.quoties autem.num.25.*

Nota, ex hoc textu, si formulam donationis causa mortis, ad donationem inter viuos retulero. puta, ita inter viuos donauero aut promisero, vt si quid humanitus mihi contingat, tu habeas: quod mortis expressio non ad donationis substantiam, sed ad solam executionem referri intelligatur. Idem est in formula, si donauero, vt post meam mortem de rebus donatis disponas pro arbitrio. *Henning. Goden.cons.101.nu.9.10.11.* Idem in formula, de qua per Gregorium hic. idem deniq; in formula, si donauero retento vsufructu, (cum & talis donet in effectu post mortem, *Mandell.cons.4.num.18.*) Bald. qui diserte hoc decidit *in addit. ad Specul.tit.de instrum.edit.præfe.sin* cuius doctrinam commendat *Alex.in l.qua dota.num.12 ff. solut.matrim. Guibe.in.Benedict.loco relato. Natta cons. 270.num 3. Roland.à Vall. cons.61 nu.13.lib 2.*

Porro ad donationem, in qua dies mortis ad solam executionem refertur, etiam pertinet casus *l.vbi ita donatur.27.infr donat.caus.mort. Ruin.cons 65.nu.13.& 14.lib.2.* Nam si ad substantiam referretur, inter maritum & vxorem valeret donatio, quod vtique textus negat. *Ita pulchre colligit Imol.a.d.l.si diuortio.inf.verb obligat. Ad quem textum vltra Dd. & Alphanum atq; Martinum Delrio in reportatis ibi, videantur Gabr. Roman.lib.2.recept.conclus.tit.de iureiur.conclus 9.nu.2. Mantic.de coniect.vlt. volunt.lib 1.tit.13.n.7.10. Petr. Aduen.reg.217 incip.donatio caussa mortis. Paul.de Cast cons.75.n.4.libr.2. Carol.Ruin.cons.170.n.17.lib.1. Rol.à Vall.cons.65.n.15.lib 1. Nicol.Euerh.cons.216.nu.13 Ang.Aretin.in tr. de testam.gl.100.nu.5. vbi donationis causa mortis materiam examinat.*

Aut sumus in materia pacti de successione, & illud procul dubio de iure non valet, *l.pactum quod dotali.15. C.de pactis.l. hæreditas.5. C.pact.conuent. d.l.stipulatio hac modo. 60.infr. verb.obligat:* nec quidem si pactum mutuæ successionis sit: puta, duo pluresve conueniunt, quod si decedat vnus eorum sine liberis, hæreditas perueniat ad superstitem, vel alium. *Ita post multos alios recte tenet Tiraquel. de iure primigen. quæst. 6. num.5. & luculentissime defendit Cacheran. d. decis. 100.per tot. Et num.22. dicit communem. Ita etiam tenet Pec.de testam.coniug.cap.8.num.2.& 3. Gail.d.obser.126 nu.7. Petr.Gregor.in syntag.iur. part.3.lib.42.cap.9.num.2. Modestin. Pist. cons.8. num.24.25.26. lib 1. VVesenbec.cons 71.num.12.* Et qui contrarium in terminis iuris communis affirmant *r* aperto textu *l.licet.19. C.pact.* refelluntur: ibi pactum successionis reciprocum fuit: neque tamen ea dispositio aliter quam iure speciali subsistit. Videatur *Hotoman. dict. cons.72.numer.34. cum seq. vbi de huius legis sensu latissime agit.*

r Id est, qui hanc sententiam defendunt de iure.

Hoc tamen posterius *s* membrum distinctionis nostræ interpretes limitant *t* I. Vt non procedat, quando pactum successionis mutuæ de rebus certis est factum. Hoc enim subsistere existimant *Alex.cons.28.nu.11. ibi Molin.in addit.lib.3.Dec.cons.125.num.4.vers.primus.* qui dicit: Si donatio omnium bonorum valeat communi DD. sententia, pactum de certis bonis nõ posse reprobari: quum nullo modo successioni, aut hæreditati conueniat. Vbi *Molina.in addit.* testatur, hanc perpetuam Decii sententiam fuisse, qui nunquam in hoc contrarium tenuerit: & *Tiraquell.atq. Hieronym. Grat.* in id allegat. *Idem Dec.cons.665.num.3.4.* Estque magis communis DD. sententia, quam late pertractat *Gabr. Roman.lib.3.recept.conclus.tit.de pact.conclus.1. Gail.d.obseruat.126.num.8.9.not.infr.num.110.vers.ad secundam.*

s In pacto simplici aliud esse videtur, quod scilic. ne quidẽ rei particularis pactum valeat, *Bologn.d l.stipulatio hoc modo.num 33 per l.si quis in principio testamenti.21. infr. de legat.3.* At lex *si fratres.53. §. idem respondit. supr. pro socio.* loquitur in successione vniuersali.

t Nota: Ideo hanc fallentiam consistere, quod DD. eam remouerint à materia successionis vniuersalis. Pactis non datur hæreditas, id est, tota vel quota. At de re certa aliud est. Nam & de legato dicitur, quod sit donatio quædam. Et sic non obstat *lex si fratres 53.§.idem respondit.supr.pro socio.* Quæ etiam particularem constrictionem improbat. Nam de constrictione vltimæ voluntatis, i.e. testamenti, loquitur. Deinde, nil obstat votum captandæ mortis, quod, vt dixi, ad pacti acquisitiui materiam non pertinet.

II. Declara, si eiusmodi pactum statuto vel consuetudine approbetur. De qua sententia in seq. limitatione videbitur.

III. Hæc sententia limitatur, vt non procedat in materia *dict. l. li-* 85
cet.19. C.pact. Nam etsi certi in iure modi exstent deferendæ hæreditatis, inter quos pactum non reperitur: testamenta etiam suam formam habeant, ad cuius obseruantiam pagani adstricti sunt: & omne pactum (id est acquisitiuum & dispositiuum) circa successiones contra bonos *u* mores sit, partim, quod ad delinquendum *x* inuitet, vt in materia *d. l.fin. C.de pactis.& l ex eo.4.C.inutil.stipulat.* partim, quod paciscens non modo auiditate nimia

u Ergo ne inter milites quidẽ permittendum. Nam quæ turpia, ne militib. quidem licita sunt, vt supra de captatoria dispositione diximus.

x Ratio pertinens ad pactum dispositiuum. Sinistram enim suspicionem illi incurrunt, qui clam, ignorante eo, de cuius corio agitur, pacta dispositiua faciunt.

nimia turpiter & aliter, quam iure prouisum est, adhuc viuentis hæreditatem captet: sed quantum *y* in se est, libertatem etiam testandi constringere cupiat: *d. l. pactum.* z *15. C. pactis. l. si fratres. 53. §. idem respondi. el 1. supr. pro socio. l. hæreditas. 5. C. pactis. d. l. stipulatio hoc modo. 60. ibi notanter Bolog. num. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 19. 57. 78. 172. infr. verb. obligat. Couarr. ad rubr. part 2. num. 16. 17. extr. testam. VVesenb cons. 71. n. 7. Natta cap. quamuis. part. 2. nu. 80. de pact. in 6.*

y Qui cum ipso testatore paciscitur, non potest sinistrā suspicionem incurrere, quod captet mortem alienam: id probat clare *l. fi. C. pactis.* vbi suspicio cessat, accedente consensu eius, de cuius hæreditate quæritur: sed pactum acquisitiuum turpe est propter rationes hic adductas.

z Vasqu. *de success. creat. lib. 2. §. 18. num. 196.* dicit, nullibi in iure expressum esse, quod pactum initum cum eo, de cuius successione agitur, sit contra bonos mores. Loquitur autem contra clarum textum *l. stipulatio hoc modo.* Occasio erroris illi est confusio pacti acquisitiui & dispositiui. Confundit materiam *l. fin. C. de pact.* cum materia pacti acquisitiui. Tu omnino vide eundem *de success. progress lib. 1. §. 1. num. 188. cum seqq.*

Dico, & pacta dispositiua, & acquisitiua turpia esse.

De ratione turpitudinis disputatio est.

DD. Communiter regulam tradunt: quod pacta successoria reprobentur. Rationem decidendi triplicem adferunt: 1. Quod successiones certis modis, non pactis dentur. 2. Quod pacta sint contra bonos mores: quum inducant votum captandi mortem alienam. 3. Quod constringant liberam testandi facultatem. Vltra legistas, ita docent Canonistæ, *in c. quamuis, ibi Natta part. 2. num. 92. de pact. in 6.*

Hæc vere traduntur, sed indistincte, eoque male. Ita post *Bart. & alios* resident omnes, vt videri potest apud *Vasq. de success. creat. §. 18. numer. 191. cum seq. de success. progres. lib. 1. §. 1. num. 188. Hotoman. cons. 72. num. 45. Benedict. Graff. & alios.*

Vnus Bolognetus recte distinxit pacta dispositiua ab acquisitiuis. Nam ratio, quod pactis hæreditas non detur, tantum pertinet ad pacta acquisitiua. Deinde omnia quidem hæc pacta, tam acquisitiua quam dispositiua, turpia pacta sunt: Sed in ratione turpitudinis differentia est.

Pacta dispositiua turpia sunt propter clandestinitatem paciscentium. Propter clandestinitatem, (inquam) si clam, illo inscio, de cuius hæreditate agitur, paciscantur.

Nam contra eiusmodi paciscentes suspicio militat, quod alienam mortem captent.

Porro suspicio omnis cessat & purgatur, consentiente illo, de cuius bonis agitur, vt est clarus textus *in d. l. fin. C. pact.* pertinens ad materiam pacti dispositiui.

Pacta acquisitiua ipsa quoque turpia sunt, *per d. l. stipulatio hoc modo.* quod ita paciscens alia quam iuris norma aliam hæreditatem auide venetur: & quantum in se est, constringat, aut potius constringere cupiat libertatem testandi.

Neq; possumus dicere, hic locum habere votum captandæ mortis alienæ. Si enim hæc suspicio excluditur inter tertios, quorum pacto consensus eius, de cuius hæreditate quæritur, accessit: multo magis omnis suspicio exclusa est, si quis cum illo eodem, de cuius successione agitur, paciscatur. Propter clandestinitatem namque suspicio de voto captandæ mortis alienæ oritur, qua exclusa, omnis suspicio cessat.

Stat ergo sententia, quod pacta acquisitiua turpia *a* sint: quum paciscens quantum in se est, constringat, aut constringere cupiat libertatem testandi.

a Num autem hactenus turpia sint, vt inde ius honestatis lædatur, require infr. *num. 86. vers. neq; obstat.*

Contra hanc rationem insurgit *VVesenbeccius cons. 71. nu. 7.* absurdissime hæc cotidie allegari contendens. Quia, inquit, si pacta valerent, vt vltima voluntas valerent: & per consequens essent ambulatoria, neq; constringerent vltimas voluntates. Exemplum est in materia *l. licet. C. pactis.* & in aliis per eum adductis.

Sed contra illum facit:

I. Quod *Papin. in l. si fratres. 53. §. idem respondi. el 1. supra pro socio.* in effectu eandem rationem adduxit.

In *d. l. stipulatio hoc modo.* clare dicitur: pactum acquisitiuum esse turpe. Quærenda ergo ratio turpitudinis, quā Dd. in eo constituunt, quod paciscens captet alienā hæreditatem, & quantum in se est libertatem testandi cōstringat, aut potius constringere cupiat.

Et hoc quidem DD. volunt, quando docent, pactum constringere liberam testandi facultatem.

II. DD. non minus quam Wesenbeccius intellexerunt, pacta talia nulla esse: & si subsistant, quod in vim vltimarum voluntatum interdum sustineantur: sed illi respexerunt ad intentionem paciscentis, quod pactum vt pactum subsistere, ac proinde libertatem constringere cupiat.

III. Neque perpetuo verum est, pacta successoria si subsistant, in vim vltimarum Voluntatum subsistere.

Nam pacta successoria principum subsistunt illa quidem, at non in vim vltimæ Voluntatis, sed in vim contractus, &c.

Quare rationem DD. sic distinctam atq; explicatam sequor.

Cæterum *Zas. in d. l. stipulatio hoc modo. num. 11.* vltra alias rationes, hæc addit: stipulatio (inquit) turpis est. Hæc ratio (vt ille ait) est à posteriori. Ratio autem à priori seu ab origine hæc est: Quia si posset constringi vltima Voluntas, tum vltima Voluntas iam non esset ambulatoria vsque ad mortem, & sic non esset amplius vltima Voluntas: Atque ita incideremus in impossibile perplexi. Hoc autem vult dicere: pactum esse contra substantiam testamenti, Quod etiam docuit *Ias. ibi num. 5. & Tiraquell. de iure primig. qu. 6. num. 19.*

Vt proinde ne inter milites quidem eiusmodi pactiones subsistere videantur: Tamen cum militis dispositio rata sit, quocunque *b* modo voluntatem suam declaret. Hinc ergo ex militari priuilegio eiusmodi pacta successionis mutuæ subsistunt. Et nihil quicquam rationes in contrarium adductæ obsunt. Ita enim *c* hæc pacta interpretamur, vt vim vltimarum voluntatum obtineant, ac proinde non minus ac testamenta ambulatoria sint. Estque hoc ius de eo singulare, vt proinde in reciprocis aliorum pactis: quos ad formam testamentorum obseruandam iura adstringunt, non eadem interpretatio adhiberi debeat. *Ita gloss. d. l. licet. ibi Cyn. n. 2. Bart. in lect. ante num. & in repet. Bald. ante num. & num. 4. Castren. num. 1. Alex. nu. 1. & 5. Ias. num. 5. & 11. Dec. num. 4. ibi Donell. Dec. in d. l. pactum quod dotali. nu. 12. vers. duodecimo limitatur. C. de pactis. Vasq. de success. resolut. lib. 2 §. 20. nu. 29.*

b Refutatio primæ rationis dubitādi: quod certi modi exstent deferendæ hæreditatis: inter quos pactum non sit.

c Responsio ad rationem alteram: quod pacta successoria turpia, id est, vt pacta, si valerent vt pacta. Nam ita cōstringerent libertatem vltimarum volūtatum. Aliqui tria necessaria putant ad hoc, vt decisio *d. l. licet.* obtineat: 1. Vt paciscentes sint in discrimine belli. 2. Vt conuentio sit reciproca. 3. Vt paciscentes sint fratres, *Petr. Gregor. in syntagm. iur. lib. 41. cap. 5 nu. 23.* Quæ omnia erronea dogmata, & ex confusione narrationis facti atque rationis decidendi nata esse constat. *Alciat. d. l. licet. num. 19 & seqq.* Quærunt autem DD. Num dispositio talis sit testamentum? Glossa finalis ponit opiniones duas: hodie sunt quatuor. Prima Franc. Tigrini & Odofredi, qui sentiunt, iure speciali deferri hæreditatem, non ex vltima voluntate, sed ex pacto obligatorio, habente vim vltimi iudicii, quatenus scilicet ex eo defertur hæreditas. Hæc sententia falsa est, quod conuentio iure contractus valeat, vt paciscentes obliget: Nam hoc 1. contra bonos mores, 2. & nullum priuilegium, sed damnum militis esset. Vltimæ enim voluntates, testatorem non obligant: Contractus vero tendunt ad obligandum, *Castr. d. l. licet num 2. Alex. num. 5. Ias. num* 11. Secunda est Decii, *in d. l. licet. num.* 13. quod sit donatio causa mortis. Hæc quoque falsa. Tum quod donatio causa mortis sit, si quis malit habere eum, cui donatur, quam hæredem suum, sed in *d. l. licet.* vterque respectiue vult, vt omnia ad hæredem pertineant, *Bart. d. l. licet. in lect. ante num.* Tum quod donatio causa mortis, cum cæterorum contractuum, forma inducatur, præsentem inter contrahentes obligationem inducat, quæ post mortem executionem habet. Pactum autem in *d. l. licet.* non præsentem obligationem, sed obuentionem bonorum post mortem respicit: Vnde nullo modo donationi conuenire potest, *Alciat. d. l. licet. num. 2. 3.* Tertia est Accursii, *in d. l. licet.* quod sit vltima voluntas innominata in genere, habens testamenti effectum, quam subtili ratione defendit *Ias. ibi nu 15. & seqq.* Vasquius hic relatus. Ex quo insignem decisionem deducit *Bald. n. 8.* statuto dicente, quod vltima voluntas coram duobus testibus fieri possit. Talem enim vltimam voluntatem innominatam esse, & testamenti vim habere dicit, quem Ludou. Roman. *num.* 15. & alii sequuntur. Quarta opinio est, quod sit testamentum, quia pro testamento militis sufficit, si quoquo modo constet, ad quem supremum iudicium direxerit. Hanc tuentur *Petr. Cyn. Rayner Bart. in lect. num. 4. Fulgos.* & rectius receptiorem dicit atque probat Alciat. *num.* 23. Inter hanc & tertiam opinionem parum discriminis est: Hinc interpretes dicunt, se non curare de nomine, modo effectum habeant. Ita *Bald. num. 7. 8. Alex. num. 5. Ias. num. 15.*

Neq; tamen necesse est, vt hoc casu milites in discrimine belli sint: vt post *Petr. & Ang. in d. l. licet. n. 1. & ibi Sal. num. 6. & Natt. c. quamuis. p. 2. n. 79. de pact. in 6.* opinatus est *Cuiac. d. lib. 16. obseruat. cap. 39.* contra quem communis omnium scribentium sententia stat, *Hotoman. cons. 72. num. 40.* Sed sufficit, vt in castris degant: quum extra castra iure communi vtantur, *Ias. d. l. licet. n. 9. Dec. n. 6. Alc. n. 20.* luculente explicat *Paul. Leon. in materia compendiosæ quæst.*

d Refellitur Cuiac. per text. § *fi. l. hactenus. Instit. milit. test.* Hactenus, inquit Imperat. hoc illis conceditur, quatenus militant, & in castris degunt. Post missionem vero veterani, vel extra castra alii, communi iure testantur. Requirit textus duo: 1. Vt militent. 2. & in castris agant. Decepit Cuiac. textus *l. licet.* vbi loquitur de fratribus ad discrimen belli pergentibus loquitur. Cæterum facti species, aut exemplum non restringit ius. Distinguatur ergo narratio facti, a ratione decidendi, quod voluntas militum quoquo modo declarata, vim testamenti habeat, & omnia plana erunt, *Alciat. d. l. licet. num 19.*

quæst.13.num.101. vsque 112. additio ad Natt.im loco præcit. Cacheran. d. decis. 100. num.46. Gail.obser.pract.lib.2.obser.118.num.6. qui hoc etiam addit, non competere hoc priuilegium omnibus ad bellum pergentibus, sed iis duntaxat, qui de publico sunt conducti.

Ad hos enim priuilegia militaria etiamnum pertinere verius est: quum ratio priuilegii, puta, occupatio pro republica in illis quoque obtineat, *Bart. in princ. num. 2. ibi Ioan. Fabr. ad rubr. num. 3. Mynsing. num. 4. qui hanc communem dicit. Institut. milit. testam. DD. in l. 1. C. iur. & fact. ignor. Bald. l. 1. num. 11. C. qui bon. ced. poss. Leon. in materia compendiosa. quæst. 14. num. 112. cum seqq. Gail. d. obseruat. 118. num. 6. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 2. dub. 1. solut. 4. num. 88.* Etsi aliqui dissentiant, quos sequitur *Guilhel. Benedict. repet. cap. Raynut. 1. part. verb. matrem nomine Cleram. num. 10. & latissime verb. testamentum. el 1. num. 21. vsque ad 46. extr. testam.* e

Aliqui opinantur, milites nostri temporis priuilegiis militaribus non gaudere: qui proculdubio errant. Illi enim milites, qui vere armis incumbunt, & rempubl. cum expedit, tuentur, mortem etiam pro ea oppetere non dubitant: non minus ea præstant ob quæ priuilegia militibus indulta sunt, ac illi, qui sub veteribus Romanis militarunt. Cur ergo illis priuilegia militaria adimeremus?

e De priuilegiis militaribus, quo ad testamenta, vide Petrum Bellinum, de re militari, *part. 7. tit. 1. per tot.*

Fatendum quidem, solennitates, quæ olim in creandis militibus obseruabantur, hodie ab vsu recessisse: præcipuæ tamen adhuc obtinent, vt professio militiæ, iuramenti præstatio, receptio in album, &c.

Deinde hoc quoque verum est: longe aliam hodie disciplinam militarem esse, quam olim fuit. Sed scire velim, quid hac extrema mundi ætate non degenerarit? Discernatur substantia ab accidentibus. Militibus Respublica carere non potest. Hinc Imperator noster: Imperatoriam Maiestatem non solum armis decoratam, sed & legibus oportet esse armatam. Et Homerus Iliad. γ.

Ἀμφότερον βασιλεύς τ' ἀγαθὸς κρατερός τ' αἰχμητής. Id est:
Rex bonus atq; idem est fortis bellator in armis.

Quem versum Alexander Magnus inter omnia carmina Homerica optimum esse putauit. Neque dubium est, quin Imperator Iustinianus principium proœmii Institut. in quo de officio Imperiali differit, ex illo versu Homerico descripserit. Vere insignis est versus ille Homericus, quo Nicephorus Callistus in dedicatione operis sui Andronici Senioris Palæologi elogia & heroicas virtutes celebrare voluit.

Officium enim Imperatoris est, f vt politicus administrator & miles sit. Et tales quidem heroes fuere C. Iulius Cæsar, Augustus, & plures alii, qui & ipsi iura publice reddiderunt, & quoties facto opus fuit, Imperatorum & militum officia strenue sunt executi. Nemo ergo militiæ aut militibus bonis propter alios deroget.

f Luculentissime hoc argumentum tract. *Ioan. Redin. de maiestate princip. per tot.*

86 Et huc DD. principum Germaniæ reciproca de succedendo pacta, Imperatoris authoritate & iuramento firmata referunt, *Dec. cons. 516. per tot. cons. 655. per tot. Zas. cons. 1. lib. 2. Carol. Molin. cons. 18. cum seqq. vsque ad cons. 22. Andr. Gail. obser. pract. lib. 2. obseruat. 127. luculentissime Hotoman. cons. 72. num. 34. vers. quantum ad secundum. cum mult. seqq. vbi de sensu d. l. licet. latissime disputat. VVesenbec. cons. 71.*

Decius respondit de confraternitate inter Duces Saxoniæ & Landgrauios Hassiæ, atque Marchiones Brandenburgenses. Molinæus respondit in illustri causa Landgrauii Hassiæ captiui contra Comites Nassauenses, ibi etiam confraternitates prædictæ examinantur. In eadem nobili causa responderunt pro Landgrauio Hassiæ collegium iuridicum Lipsense, Tubingense, Coloniense, Heidelbergense, Ingolstadiense, Friburgense, Louaniense, Patauinum, Aurelianense, Bituricense, & Alciatus, Dec. Amicus, & alii: quum esset ipse in vinculis Cæsaris Caroli V. Augustissimæ memoriæ.

Nihil autem in illa causa iustissima, profuerunt tot insignium Collegiorum responsa: sed aliquoties contra Landgrauium est sententiatum.

Tandem

Tandem Anno M. D. L V. mense Iunio Wormatiæ coram duobus Electoribus, & duobus Ducibus arbitris, causa reuisionis denuo & ex integro acta, *Carol. Molin. consilium 22.* pro Landgrauio, propter aduersariorum potentiam & insidias, qui eo cum consiliariis Caroli V. & assessoribus Cameralibus confluxerant, vt arresta sua defenderent, sine nomine edidit. Quo tempore Electores & Duces Reuisores pro Landgrauio contra Comites Nassouios & principes Auriaci pronunciarunt.

Digna sunt consilia Decii & Caroli Molinæi, in præcitata illa illustri causa edita, quæ omnes maximi faciant.

In *cons. 18. num. 15. & 16.* extat historia captiuitatis Landgrauii valde memorabilis: Ex qua iudicium fieri potest de iis, quæ Sleidanus libr. 19. & Surius eadem de re circa annum 1547. narrant.

Quæ quidem pacta interpretes sustinent.

Tum (1) quod certorum bonorum reseruatio fiat, ne testandi facultas impediatur, *Dec. d. cons. 516. num. 16. d. cons. 655. num. 9. Carol. Molin. d. cons. 18. num. 12. Gail. d. obs. 127. num. 3. Hotoman. cons. 72. num. 34. latissime Gabr. Roman. lib. 3. recep. conclus. tit. de pact. conclus. 1. per tot.*

Principes iam olim sua habuere patrimonialia bona, illis nihil cum fisco comune fuit. De suis ergo patrimonialibus, vt alii, testati sunt. Ita C. Iulius Cæsar, Augustus, Tiberius condidere testamenta, quorum formas refert *Brisson. lib. 7. formular. fol. 757.*

Porro quum princeps potestate publica fulcitus & damnatus sit, translato in eum iure populi lege, quæ de Imperio lata est, hinc & fiscalia ad principem pertinere cœperunt: ita tamen vt patrimonialium & fiscalium rerum distinctio sit, *Petr. Gregor. in syntagm. iur. part. 3. lib. 31. c. 31. num. 4. Videatur tit. supr. off. procur. Cæsar.*

Hæc ad principes quoque inferiores Imperatore pertinent. Nam & illi vltra patrimonialia, fiscalia iura habent, *Paris. cons. 1. num. 26. lib. 1. Socin. iun. cons. 76. num. 37. lib. 3.* Tum quod territoria sua accipiant in feudum cum eodem iure, quo ea Imp. & Imperium tenuit. Tum propter Imperii scissuram, quod hodie in Electores, Duces, Comites, &c. diuisum est. Tum propter temporis immemorialis vsum, *vide not. supra num. 6.*

Porro fiscalia iura regalia sunt. Regalia à feudo regali inseparabilia sunt, & ad successorem in dignitate pertinent. Quemadmodum & fiscus à dignitate regia separari nequit, *Corraz. repet. l. filium quem. num. 22. C. famil. hercisc. Philip. Franc. ad rubr. num. 62. de testam. in 6. Petr. Gregor. loc. præcit.*

Subdistinguunt autem DD. inter regalia & alia fisco incorporata, & inter illa bona, quæ fisco ex delicto applicantur: & dicunt, hæc bona non tam regalibus quàm patrimonialibus bonis principis connumerari: ideoq; libere alienari, *Vasq. de success. resol. lib. 1. § 3. num. 3.* wie dann solche sträffen an etlichen Höfen gemeinlichen außgebetten/ vnnd in Camera die ächter/ quorum bona publicata sunt, restituirt werden. At alia regalia princeps regulariter non alienat, *Vasq. de success. creat. lib. 3. § 26. num. 82. cum seqq.*

Porro fiscalia sunt, quæ princeps habet, vt princeps, patrimonialia, quæ vt priuatus aliquis, *gloss. ad rubr. ibi Bart. num. 17. Plat. num. 9. C. iur. fisc. libr. 10. Corraz. & Franc. loc. præcit.*

De prouentibus ergo territorii princeps in vita, vt princeps disponit: cum potestate publica præditus sit. At per testamentum de bonis eiusmodi regalibus disponere nequit. Quum testamentum vt à priuato fiat priuatum ipsius patrimonium, & ius concernens, non principatum aut regalia, quæ ad successorem dignitatis pertinent.

Et quum hodie omnia fere, aut certe præcipua principum nostrorum bona feudalia & fiscalia sint: sequitur cautelam hanc reseruatoriam vt plurimum superfluam potius quam necessariam esse: Quum facultas testandi impediri nequeat, quæ de feudis Imperii & regalibus non competit.

Tum (2) quod omne votum captandæ mortis hic plane exclusum sit, non modo propter amplissimam Cæsaris confirmationem, *Dec. d. cons. 516. nu. 7. 8. cons. 655. nu. 19. vsq. 25. Molin. cons. 18. nu. 12. & ibi in præfat. num. 12. Gail. dict. obseru. 127. num. 5.* qui viris legalibus & idoneis munera confert, *l. 2. C. crim. sacrileg. Bologn. d. l. fin. num. 51. Idem in d. l. stipulatio hoc modo. num. 52. 53. 54. Gail.*

Gail. d. obſ. 127. num. 2. qua ratione etiam promiſſio ſuper feudo nondum aperto ipſi Domino, valet, *g* *c. 1. §. ſi quis inueſtierit. de feud. dat. in vic. l. cōmiſſ. cap. 1. § ſi quis. quo temp. mil. cap. 1. in princ. qui ſucceſſ. feud. dar. ten. Bologn. locis præcitatis, Gail. obſeru. pract. lib. 2. obſ. vlt. Hart. Piſt. lib. 2. q. feud. part. 2. quæſt. 25.* Verum etiam & multo magis propter omnium eorum, qui de ſucceſſione mutua paciſcuntur, conſenſum, *arg. d. l. fin. C. de pact.* Quum præcitata ratio captandi *h* mortem alienam, ipſos paciſcentes non attingat, quemadmodum *Bolog. ad d. leg. ſtipulatio hoc modo. locis relatis*, dilucide explicuit. Quæ tanto minus dubii habent: quum viciſſitudinaria hæc pacta ſint: *Hotoman. conſ. 72. num. 44.* & non in vnius alicuius perſonæ morte fundentur, *Bologn. d. l. fin. num. 35. 39. verſ. limitatur vero. 41. 42. 50. verſ. decimo limitatur. 51. Tiraq. de iure primigen. quæſt. 6. num. 5.*

g DD. ſeſe torquēt, quomodo cū hiſce iuribus cōueniant, *cap. 1. & 2. de conceſſ. præb. c. 2. & 3. eod. tit. in 6.* vbi pacta circa præbendas adhuc viuentis omnino reprobantur. Reſpon. Duplicē eſſe rationem diuerſitatis. 1. Vnam depromptam ex *dict. l. 2. C. crim. ſacril.* 2. Alterā depromptam ex diſtinctione pacti acquiſitiui & diſpoſitiui. In diſpoſitiuo habet locum votum captandæ mortis. At iura Canonica eo ſpectant, vt infra Deo volente, docebitur: Quum noſtra materia ad acquiſitiuum pactum pertineat.

h Id eſt, non pertinet hæc ratio ad pacta acquiſitiua, ſed ad diſpoſitiua, quæ ignorante eo, fiunt, de cuius ſucceſſione agitur.

Tum (3) propter iuramentum interpoſitum, *i* *Dec. d. conſ. 516. num. 5. d. conſ. 655. num. 12. Dec. in l. pactum quod dotali. num. 3. C. de pactis. Hotoman. dict. conſ. 72.*

Tum (4) quod principes Germaniæ ſemper Cæſari & Imperio militare dicantur. Et proinde priuilegio *d. l. licet.* vtantur, *Dec. d. conſ. 516. num. 4. verſ. primo ex eo. Gail. d. obſ. 127. num. 9. Hotoman. conſ. 72. num. 41. 42.*

i Argumentū Decii tale: ſtatuto pacta ſuper ſucceſſione firmantur. Sed iuramentum habet vim ſtatuti. Id ipſe probat locis relatis.

Tum (5) quod principes Germaniæ in territoriis ſuis legis condendæ poteſtatem habeant, *k* *Dec. d. conſ. 516. nu. 3. 4. verſ ſecundo.* imo reſeruatis & cautela imperiali ex magis communi, recepta & vera DD. ſententia vtuntur. De qua ſupra meminimus. Vt proinde eiuſmodi pacta illuſtrium familiarum ſuper iure domeſtico & familiari vim legum obtineant, Cæſaris aſſenſu & confirmatione accedente, *Cacheran. d. deciſ. 100. num. 9. 10. 27. Bodin. de republ. lib. 1. cap. 2. prope fin. fol. 13. Gail. d. obſ. 127. nu. 5. cum. ſeq. Graſ. de ſucceſſ. ab inteſt. quæſt. 9. num. 10. & quæſt. 16.*

k Diſputant DD. vtrum ius ab inferioribus conditum ſit prætorium, an vero ciuile? Verior ſententia eſt, quod ſit ius ciuile, ex regula: Quod principes vtantur reſeruatis Cæſaris, *Bald. in l. receptitia. num. 1. C. conſt. pec. Roland. à Vall. conſ. 86. num. 12. lib. 1. Ioan. de Amicis, conſ. 110. DD. l. 5. infr. verb oblig. Cagnol. ad rubr. C. qui admitti.* Aliqui contra tenent *in d. l. 5. & Angel. in §. ſed iſta. ibi Gomez num 3. Inſtit. action.* Vſum huius diſputationis docet *Iaſ. in dict. leg. 5. & Cephal. conſ. 32. num. 7. 8. 9.* Ratio rationis triplex eſt, vt ſupra dixi, 1. Imperii ſciſſura. 2. Infeudationes. 3. Tempus immemoriale. Hinc apparet, quid hodie ſit ſentiendum de antiqua quæſtione Lotharii & Azonis: An magiſtratus, quibus competit merum imperium, habeant id proprium, an vero vſum tantum? De qua per Alciat. *lib. 2. [illegible] cap. 6. Bellon lib. 1 ſupput. cap. 1.* Nam licet Imp. Henricus pronunciarit pro Lothario, & Azo amiſerit equum: Tamen ſententia Azonis hodie communis eſt atque veriſſima.

Tum (6) quod talia pacta fraternitatum fauorabilia ſint, vtilitatem Imperii, & familiarum illuſtrium ſplendorem atque dignitatem concernentia: *Hotom. conſ. 72. num. 43.* Quod in genere aliqui de ſtatutis, fœminas excludentibus, tradunt, vt infra, Deo volente, videbitur, *Molin. conſ. 22. num. 11. Bodin. de republ. lib. 1. cap. 2. prope fin fol. 13. Gail. d. obſ. 127. num. 2.*

Tum (7) propter conſuetudinem maxime immemorialem, qua eiuſmodi confraternitates principum ſuſtinentur, *Decian. dict. conſ. 516. num. 7. verſ. poſtremo. Idem conſ. 655. numer. 25. Hotoman.* *l* *dict. conſ. 72. numer. 35. cum ſeqq.* Cuius maximus in iure effectus, *Gabr. Roman. recept. concluſ. lib. 5. tit. de præſcript. concluſ. 1.*

Nam

l Diligenter notetur præfatio Domini Hotomanni, illius conſiliis præfixa. Ad quam addendus *Alciat. in l. fin. infr. verb. ſignific. VVeſenbec de prolegomenis iuriſprudentiæ. fol. 127 cum ſeqq.* Multi exiſtimant, Bartolum & ſimiles DD. de ſcholis proſcribendos. Quod profecto iis de cauſis, quæ locis præcitatis exponuntur, fieri non poteſt. Vt omittam gloſſatum & Bartoli opiniones paſſim ſtylo omnium fere Curiarum receptas. Nos omnia docendi genera probantes, quod in ſingulis optimum, neceſſarium, & vtile eſt, teneamus.

Nam etsi plerique censeant, ne statuto quidem, aut consuetudine induci posse, vt pacta successionis acquisitiua valeant: *DD. in l. stipulatio hoc modo. ibi Alexand. num. 7. infr. verb. obligat. luculentissime deducit Cacheran. d. decis. 100. num. 11. Petr. Pecc. de testam. coniug. libr. 1. cap. 8. num. 5. ad fin. qui dicit hoc plerisque ita placuisse. Plures adducit Gail. obs. pract. lib. 2. obs. 125. num. 4. Grass. in §. successio ab intestato. quaest. 9. num. 8.* communem *dicens.* Eam ob causam, quod mali mores, ne consuetudine quidem, aut statuto liciti efficiantur: & libertas testandi iurisgentium sit: contraria tamen opinio verior, sanior, & in praxi recepta est; *Dec. consil. 225. num. 1. & 2. ibi Molin. in addit. d. cons. 516. nu. 5. vsque 8. Dec. d. cons. 655. num. 12. cum seqq. & num. 25. Idem in l. pactum, quod dotali. num. 3. & nu. 11. C. de pact. Tiraq. de iure primigen. quaest. 7. Cacher. d. decis. 100. num. 15. & 33. Carol. Molina. cons. 20. num. 11. Mynsi obs. 33. cent. 2. Gail. d. obs. 125. nu. 5. VVesenb. cons. 71. n. 26. & 39. textus in Constitutione Illustriss imi Electoris Saxoniae part. 2. m cap. 43.* Vsque adeo, vt nouis gentium moribus tertium *n* quoddam genus haeredum, veteribus Iureconsultis incognitum, sit institutum. Nam quum illi solos haeredes agnoscerent aut testamentarios, aut legitimos, postea moribus facti sunt haeredes conuentionales, *late Hotoman. d. cons. 72. num. 35. cum seqq.*

m Ibi pacta dotalia sustinentur in vim vltimae voluntatis, *adde VVesenb. cons. 38. n. 58. cons. 63. ad fin.*

Neque obstat, quod de malis moribus oppositum est.

Nam vltra resolutiones Decii & Tiraquelli locis praecitatis, Didaci Couarru. *ad rubr. part. 2. num. 5.* responderi potest.

n Ad tertium illud genus successionis, de quo Hotoman. loquitur, requiritur 1. consuetudo vel statutum. 2. Vicissitudo. Et ille consulit, 1. in conuentione duorum fratrum, 2. & donatione mutua reciproca, 3. vbi certa quota bonorum reseruata erat pro testamento. Dicit quidem multa de tertia specie successionis: sed in ea, vt apparet ibi, *num. 44. in fin.* pedem non figit: verum in conuentione, quae ideo valeat, quod non sit vniuersalis successionis per viam haereditatis delatio. Haeredes autem conuentionales, quibus scilicet successio defertur, *vt ex conuentione*, eoq; irreuocabiliter in duobus casibus dicuntur, sub quibus *not. supra num.* 84. & confraternitatū principum Germaniae materia comprehenduntur, *Benedict. c. Raynutius. verb. duas habens filias. nu.* 198. *de testam.* addit. ad Nattam *c. quamuis. part. 2. num* 101. *de pact. in 6. Hotoman. hic relatus.*

Infer 1. etsi ex *l. licet. C. de pact.* haereditas detur: tamen cum non detur, *vt ex pacto*, haeredem ibi conuentialem non esse.

Infer 2. quando in pacto dotali datur haereditas, & illud sustinetur, vt vltima voluntas, quemadmodum in Constit. Saxon. hic relata accidit, non dici haeredem conuentionalem.

Infer 3 cum in actibus inter viuos vltimae voluntates confici possunt: *vt not. infr. nu* 120. *ad fin. & in l. haeredes palam §. fin. infr. eod.* si pacto complicata sit vltima voluntas, & in dotali pacto conficiatur fideicommissum, iuxta *not. per Pet. Pec. de testam. coniug. lib. 1. cap. 6.* haeredem aut successorem minime dici conuentionalem.

Hisce ergo casibus non impugnatur regula iuris, quod pactis *vt pactis*, videlicet non detur haereditas, id est, *tota vel eius quota.* Ad hoc ergo vt haeres conuentionalis proprie dicatur, duo necessaria sunt: 1. conuentio seu pactum obligatiuum, 2. & vt pacto *tanquam pacto*, successio tota, aut eius quota detur. Vbi autem vel in contractu vltima voluntas conficitur, aut pactum lege, statuto aut consuetudine, vim vltimae voluntatis habet, & vt vltima voluntas sustinetur, vt *infr. num.* 120. proprie haeredes conuentionales non sunt.

Dec. d. cons. 516. d. cons. 655. & in l. pactum quod dotali. & ex Decio Tiraq loco praecitato, nu. 5. 6. respondet: Mali mores statuto liciti non fiunt, id est, si sunt tales mali mores, qui lege diuina & naturali prohibentur. At tales mali mores hic non concurrunt. 1. Nam si ita esset, tum aut mortale, aut veniale peccatum committeret, qui animo deliberato seipsum iure testandi priuaret. Quod profecto dicendum non est. 2. Nam potest quis iure naturali omnia bona donare. Haec & alia eleganter differit *Couarru. loco praecitato. Iacob. Rich. de vnione prolium. cap. 3. num. 17. 18.* Sed si mores dicantur mali respectu iuris ciuilis: quum paciscens aliter, quam legibus cautum est, haereditatem alienam captet, & quantum in se est, testandi libertatem impedire cupiat: Hi mali mores, vt Decio & aliis visum est, statuto & consuetudine liciti fieri possunt: praesertim, quum ad hoc, vtrum quid licitum, & illicitum sit, consuetudo loci spectetur. Ita licet vsurae reprobatae sint: tamen pro vsurario non habetur, qui in loco, vbi vsurae frequentantur, vsuras legales recipit. Hic enim consuetudinis effectus est, vt idem operetur, quod priuilegium: *Abb. c. accedentes. num. 6. extr. praescript.* Et licet ipsa sit mala: tamen id, quod per se illicitum est, etsi non quoad DEVM, saltem in foro ciuili licitum reputetur: & quem à poena & culpa eximat. *Itagl. in c. cum venerabilis. ibi Abb. extr. consuetud. Capoll. in tract. de simulat. contr. num. 4. Euerhard. in topic. in loco, à solitis, versic. hinc etiam est, quod nedum à dolo.*

Sed

Sed obiiciet aliquis, etsi is, qui sibi testandi facultatem præripit, coram DEO nil peccet: eum tamen in legem diuinam committere, qui alienam hæreditatem, maxime præter iuris normam, captat: quum vox diuina concupiscentiam etiam prohibeat. Non concupisces, inquit.

Sic ergo argumentor:

Concupiscentia est peccatum, prohibitum iure diuino. Qui alienam hæreditatem captat, is concupiscit. Ergo alienam hæreditatem captans, admittit peccatum, iure diuino prohibitum.

Respon. Nego minorem. Is concupiscit, qui contra charitatem Christianam rei alienæ vsum aut dominium expetit, vt scilicet dominus vsu, aut dominio rei priuetur, concupiscens autem ea potiatur. At pactum de futura successione nil tale infert. Ponamus sane paciscentem concupiscere: At pactum nil tale infert. Hoc enim pacto continetur, vt in euentum mortis domini, paciscens re potiatur.

Aliqui etiam huc adferunt, quod pacta talia inducant votum captandi mortem, qui materiam pacti acquisitiui & dispositiui inter se confundunt.

Verum aliæ responsiones magis idoneæ adsunt, quibus DD. contrariam opinionem defendentibus responderi potest.

Et maximam inter pacta & statuta atque consuetudines, quibus pacta confirmantur, differentiam esse: (quum pactis priuatorum ius publicum haudquaquam immutetur: nihil autem obstet, quo minus pacta de successionibus, in vim vltimarum voluntatum, lege, statuto aut consuetudine sustineantur. *arg. d. l. licet.* Vt proinde eiusmodi pactiones non minus ac blanditiæ, quibus alterius in nos voluntatem prouocamus, licitæ tunc habeantur: omni de malis moribus disputatione reiecta) & in confraternitatibus principum omnes eas rationes, quibus pacta successiua prohibentur, cessare, vt postea DEO volente dicetur.

Ita etiam nihil ad rem facit, quod testandi libertas sit iuris gentium. Vnde interpretes colligunt, pacta non modo contra bonos mores ciuiles, sed etiam naturales esse, *Bolog. d. l. stipulatio hoc modo. num. 13. 14. 15.*

Nam omissa DD. responsione, simpliciter dicendum, in confraternitatum materia libertatem testandi pactis, propter certorum bonorum reseruationem, neque tolli, neque quoad feuda, & fiscalia tolli *o* etiam posse: sed, vt iam memini, omnes prohibitionis pactorum rationes hic cessare: *p* & alias pacta, quæ iure, statutis, aut consuetudinibus sustinentur: in multis casibus in vim vltimarum voluntatum subsistere: ac proinde non minus ac testamenta ambulatoria esse, *arg. d. l. fin. C. pactis. d. l. licet. C. pactis. VVesenbec. d. cons. 71. nu. 7. Graff. d. §. success. ab intest. quæst. 9. num. 4. vers. sed aduerte, &c.*

o Nã capitanei regni de feudis aut fiscalib. (super quibus fiunt pacta cõfraternitatũ & quæ sunt patrimonia publica) non testãtur, sed de priuato tantum patrimonio testari possunt.

p 1. Cessat votum captandæ mortis: quia non pertinet ad pacta acquisitiua.
2. Cessat regula: quod pactis non detur hæreditas. Quia talia bona non sunt hæreditas.
3. Cessat ratio constringendæ libertatis testandi: 1. Cum facultas testandi in talibus non competat: 2. Et certæ summæ reseruatio fiat.

87 Obseruandum tamen hanc confraternitatum materiam cum tractatione *d. l. licet.* aliisque pactis successoriis non vsqueadeo dextre ab interpretibus nostris coniungi.

Primum enim constat in materia *d. l. licet. q* ius ex priuilegio militis pactum interpretari, vt pro vltima voluntate, ac proinde ambulatorium sit. Quod text. ibi dicit, & omnes DD. notant: nec possent milites etiam cum iuramento facere, quod pactum sustineretur vt pactum, *Bolognet. dict. l. fin. num. 32.* Idemque regulariter de aliis pactis successoriis, vigore consuetudinum aut statutorum receptis dicendum, *VVesenb. dict. cons. 71. num. 7.* At pacta confraternitatum inter principes Germaniæ subsistunt, vt pacta

q In materia *legis licet.* pactũ inter milites sustinetur vt vltima voluntas.
At pacta confraternitatum subsistunt vt pacta.
Ergo magna inter hæc iura differentia est.

& donationes: *Dec. consf. 655. num. 11. Carol. Molin. d. consf. 18. num. 27.* & sunt conuentiones iuratæ, *Dec. d. consf. 516. num. 5. d. consf. 655. num. 12. Carol. Molina. consf. 22. num. 16. Hotoman. d. consf. 72. num. 44.*

Secundo quum *in d. l. licet.* pactum vt vltima voluntas subsistat, eoque ad nutum testatoris mutari possit. Hinc ergo manifestum euadit, de bonis, quæ pleno iure ad milites spectabant, & de quibus pro arbitrio testari poterant, pactum vicissitudinarium illud factum esse. At principum aut nulla, aut paucissima priuata seu patrimonialia bona, pleraque autem vel fiscalia, & a dignitate principis inseparabilia, *Corras. l. filium quem. num. 22. C. famil. hercisc. Philip. Franc. ad rubr. num. 62. de testam. in 6.* vel feuda imperii regalia sunt. De quibus quemadmodum & de aliis dispositio Vasalli testamentaria non valet, *c. 1. in princ. ibi DD. de success. feud. cap. 1. §. donare. qual. feud. olim. cap. 1. in princ. de prohib. feud. alien. per Lothar. cap. 1. in princ. de prohibit. feud. alien per Frid. Alex. consf. 30. num. 128. lib. 1. Dec. consf. 468. num. 31. Paris. consf. 98. lib. 2. consf. 65. num. 45. lib. 3.* nisi Domini feudi, *Bald. cap. 1. §. donare. qualiter feud. olim. cap. 1. vers. si vero cum domini voluntate. de alien. feud. c. 1. in prin: de prohib. feud. alien. per Frider.* & agnatorum consensus accedat. *Bald. d. §. donare. Iacobin. de S. Georg. in tract. feud. verb. & cum pacto. num. 4. Curt. in tract. feud. 4. part. num. 128. Bodin. de repub. d. cap. 2. prope fin.*

Subsistunt ergo eiusmodi confraternitates principaliter non propter pacta principum, aut quod pacta in vim vltimarum voluntatum sustineantur: sed propter Imperatoris concessionem & confirmationem specialem, & ex certa scientia, atque in forma plenissima factam, *Dec. d. consf. 516. num. 8. cum seqq. d. consf. 655. num. 19. cum seq.* & legem sub pragmatica sanctione latam, *Carol. Molin. in præfat. ad consilia pro Landgrauio. num. 12. consf. 22. nu. 12.* atque inuestituram simultaneam, *Carol. Molin. in d. præfat. nu. 5. 7. 12. consf. 18. num. 9. 13. 17. 20. 27. consf. 22. num. 3. 12. & 20.* Vbi notanter dicit: eiusmodi feuda Principum imperii regalia membra imperii & non in commercio esse, nisi iuxta formam & tenorem inuestituræ imperialis sub vexillis publicæ & imperialiter factæ.

Tertio, quum eiusmodi confraternitates per viam contractus subsistant: Hinc ergo promptum est colligere, rationes pactorum prohibitiuas nihil huc spectare, quemadmodum de iis, quæ supra *in §. aut enim sumus in materia donationis, &c.* dicta sunt, apparet.

Quinimo etiamsi pactiones eiusmodi vim vltimarum voluntatum haberent: adhuc tamen omnes illæ rationes exclusæ forent.

Quod enim dicitur: pactis hæreditatem non dari: id ad feuda haudquaquam perinere constat: quum & pactis quærantur, & iuxta inuestiturarum tenorem deferantur.

Deinde pacta fraternitatum libertatem testandi neque impediunt, neque impedire etiam possunt. De feudis enim Vasallus nil disponere potest: & patrimonialium respectu certæ summæ reseruatio fit: de qua paciscentibus testamenta condere permissum est, per prædicta.

Sed & nihil contra bonos mores illi faciunt, qui aut mutuas donationes inter viuos post mortem irreuocabiliter faciunt, vt supra annotatum fuit, aut accedente Cæsaris assensu, confirmatione, lege, & consuetudine immemoriali, iurato de mutua successione paciscuntur, *r* per prædicta.

r Etiam inter coniuges & nobiles vigore statutorum & consuetudinum pacta talia valent.

Amplia materiam *d. l. licet.* vt procedat etiam ad pias causas, *Phil. Franc. cap. quamuis. num. 6. ibi Natta part. 2. num. 99.* & addit, vnde veritas cognosci potest, *de pact. in 6.*

Et

Et hæc de tertia limitatione supra *num. 85.* proposita sufficiant. Alias limitationes require *infr. num. 110.*

88 IV. Hæc sententia ampliatur, vt testamentum directa & expressa testatoris protestatione *s* irreuocabile fieri nequeat. Quia si hactenus constringi posset vltima voluntas, iam non esset ambulatoria vsque ad mortem: & quod huius consectarium est, vltima voluntas non foret. Atque ita in impossibile perplexi incideremus. Si enim non potest variari vltima Voluntas, tum vltima non est, *Ias. in d. l. stipulatio hoc modo. num. 5. ibi Zas. num. 11. Tiraq. de iure primigen quæst. 6. num. 19.*

I. Hinc infertur, nullius momenti esse testatoris protestationem, quando dicit: se velle, vt testamentum valeat irreuocabiliter, **unwiderrüfflich** / *Modestin. Pistor. cons. 20. nu. 21. vsq. ad fin. lib. 2. Grass. §. testamentum. quæst. 88.*

89 II. Hinc infertur, testamentum reuocabile esse, licet testator iuret, se illud non esse reuocaturum, *gloss. in c. vltim. volunt. 13. quæst. 2. Cyn. in l. 1. nu. 14. C. SS. Eccles. Bart. in l. si quis in principio. ibi reliqui. infr. legat. 3. Bart. in l. duobus. §. idem respondit. sup. pro socio. Oldrad cons. 160. vbi addit communem dicit.* Nullo enim remedio caueri potest, quod testamentum vt testamentum irreuocabile fiat, *Angel. in tract. de testamen. gloss. 105. num. 2. Zas. in d. l. stipulatio hoc modo. num. 51. vers. secunda conclusio. Couarr. ad rubr. part. 2. num. 9. vsque 15. vbi plures in id allegat. Dilect. de art. testandi, tit. 10. caut. 2. num. 2. Clar. §. testamentum. quæst. 94. num. 3. Vasqu. de success. resolut. lib. 1. §. 1. num. 1. VVesenb. cons. 71. num. 6. Grass. §. testamentum. quæst. 87. num. 1.* Et hæc est quasi omnium receptissima conclusio, vt testati sunt *Alex. in d. l. stipulatio hoc modo. nu. 5. Zas. num. 51. Dilect. de arte testandi, tit. 10. caut. 1. num. 4. Clar. dict. quæst. 94. nu. 3. Iste prosequitur Ioan. Gut. de vlt. volunt. part. 2. cap. 1. num. 2. & num. 6. vsque ad 9. huius magis communis sententiæ verum intellectum explicat.* Ratio decidendi hæc profertur, *t* quod iuramentum tale contra testamenti substantiam sit: *Ias. d. l. stipulatio hoc modo. num. 5. ibi Zas. num. 11.* Testamentum autem ipsum in aliam actus vel contractus formam, iuramenti virtute incidere nequeat. Non enim transit in aliam vltimam voluntatem: quum omnes vltimæ voluntates ambulatoriæ sint: Sed neq; in contractum, *u* puta, donationem, transmutari potest. Tum enim actus *x* omni meliori modo valet, & in aliam formam transfertur, quando voluntas & potestas concurrunt, ita quod verba hoc patiuntur. At verborum significatio non admittit, vt testamentum transeat in donationem, quo fit, vt iuramentum hoc reiiciatur, testamentum valeat, *Carol. Molin. l. 1. §. si quis ita. nu. 33. cum mult. seqq. inf. verb. oblig. Idem in tract. de vsur. qu. 50. num. 535. Cacher. d. decis. 100. n. 14. Couarr. ad d. rubr. part. 2. num. 14. vers. quinta conclusio. Petr. Gregor. in syntagm. iur. part. 3. lib. 50. cap. 5. num. 10.*

s Fieri non potest, vt actus aliquis & testamentum & inuariabilis sit. Tetragonus habet tres angulos. Impossibile autem est, vt figura sit tetragonus & tamen tres angulos nō habeat. Hoc est impossibile perplexi. DD. sentētia hæc est, quod eiusmodi protestatio sit contra testamēti substantiam, vsque adeo, vt cum ea non subsistat.

t Alias rationes profert *Ioan. Gut. loco relat. nu. 2. & n. 4.* Idem esse docet in statuto iurato. Latissime hic author disserit de vltimis voluntatibus, quibus accedit iuramentum. Quoties ergo iuramentum in vltima voluntate occurrit, ad eum recurrendum erit.

u Si dispositio testamētaria, cui iuramentum accessit, subsistit, tum aut subsistit vt testamentum, vel alio modo. At non subsistit vt testamentum, quia iuramentum substantiæ testamenti repugnat.

Neq. subsistit alio modo: Quia alio modo subsistere nequit, nisi in aliam actus formam virtute iuramenti transferatur: Hæc enim iuramenti vis est; vt vnam dispositionem in aliam transfundat, *Ioan. Gut. d. c. n. 10.* At hic non transfertur in aliam formam, nisi concurrente voluntate non limitata, & facultate: vt quia verba id admittunt, quod hic non est: quum institutio hæredis & aliæ testamentorum dispositiones non conuentant contractibus.

x Iuramentum facit actum valere omni meliori modo. Ideo testamentum, in quo adiicitur iuramentum, si non valet vt testamentum, valebit vt codicillus, *Dom. Magdal. late in tract. de num. testium. in testam. requisit. part 1. c. 7 per tot. maxime num. 33. vsq. ad fin. late Ioan. Gut. in d. tr. cap. 2. per tot.*

In locis præcitatis duæ insignes iuris regulæ declarantur.

PRIMA: Si actus non valet, vt agitur, valet vt valere potest. Vera est regula, concurrente, 1. Voluntate, & non limitata, 2. potestate. Verbi gratia: facit aliquis te-

H 2 stamen-

Quando testamētum non valet vt testamentum, an valeat vt codicillus, elegantissime tradit *Dom. Magdal. in tract. de testib. in testam. requis. part. 1. cap. 6 per tot.*

ſtamentum,& adhibet clauſulam codicillarem, vt, ſi non valet vt teſtamentum, valeat vt codicillus, vt fideicommiſſum,&c. Hic ſi actus non tenet, vt teſtamentum, valet vt codicillus. Ratio 1. Quia voluntas non eſt limitata, ſed concurrit. Teſtator enim clare voluit,ſi non valeret vt teſtamentum,vt valeret quemadmodum codicillus. 2. Concurrit poteſtas: Quia in teſtamento continetur codicillus, ſi concurrunt teſtamenti ſubſtantialia, multo magis codicilli requiſita adſunt. Hæc eſt prima regula. De qua vide etiam ampliſſimam diſputationem Vaſquii *libr. 2. de ſucceſſ. creat. §. 11. num. 1. cum mult. ſeqq.*

Altera regula eſt, de iuramento contra ſubſtantiam actus addito, quod illud actum omni meliori modo valere faciat. Verum hoc eſt, ſi actus in aliam contractus formam incidere queat. Transfertur autem in aliam formam concurrente voluntate & facultate.

Contrarium tamen, quod propter iuramentum, teſtamentum ſit irreuocabile,tenet *Specu. tit. de inſtrum. edit. § compendioſe. verſ. quod ſi quis iurauerit. num. 25.* Cuius ſententiam Canoniſtas tenere dicit *Oldrad. conſ. 127. num. 3. alios adducit Gut. loco præcit.* 90

Tum (1) quod veniens contra pactum iuratum, y infamis, *l. ſi quis maior. 41. C. tranſact.* & proinde inteſtabilis ſit, z *l. ob carmen. 21. ſup. teſtib. l. is cui 18. §. fin. inf h. tit. Oldrad. d. conſ. 127. num. 3.*

y Aliud quoddam huius ſententię fundamentum ex Cæpolla profert *Couarru. d. rubr. part. 2. num.* 17. vbi etiam ad illud ſufficienter reſpondit.

z Infamis non poteſt teſtari, *d. l. ob carmen. & d. § fin.*
Sed veniens contra iuramentum eſt infamis, *d. l. ſi quis maior.*
Ergo non poteſt teſtari. Et per conſequens, primum teſtamentum propter iuramentum eſt irreuocabile.
Reſpon. Ex puris particularibus nil ſequitur. Maior eſt particularis. Nam 1. relegatus eſt infamis, *l. cognitionum. 5. §. minuitur. infr. var. & extr. cognit.* & tamen teſtatur, *l. eius qui. 8. §. fin. h. tit.* 2. Is contra quem criminalis Proceſſus pendet, eſt infamis, & tamen teſtatur, *text. in l. qui à latronibus. 13. § fin. ibi Bart. num. 1. Caſtrenſ. num. 5.* 3. Idem in *leg. 1. C. ſecund. nupt.* Quare deciſio *d. l. ob carmen. & d. §. fin.* peculiarem rationem habet.
Quæ notanda contra Paſquillant. De qua materia nuper conſului, quomodo nimirum procedendum ſit contra quaſi authorem libelli famoſi.

Tum (2) quod iuramentum actum alioquin mutabilem irreuocabilem faciat. Ita alienatio rei dotalis iurato facta non retractatur, *cap. cum contingat. 28. extr. iureiur.* Ita pactum protogationis ante litis conteſtationem reuocabile, *l. ſi a conuenerit. 18. ſupr. iuriſdict. Cyn. in l. ſi qui ex conſenſu. num. 12. C. Epi; c. audient. Caſtr. in l. 1. nu. 7. 8. 9. ſupr. iudic.* iuramento accedente, per pœnitentiam non retractatur, ex communi DD. ſententia, de qua per *Couar. ad rubr. part. 2. num. 9. extr. eod.* Idemque de contractibus innominatis, re integra, per pœnitentiam reuocabilibus iudicandum. *Couarr. poſt alios loco præcit.*

a Prorogatio eſt extenſio iuriſdictionis ordinariæ vel delegatæ. Nuper materiã huius textus habui in cauſa difficili. Duo Nobiles in diuerſis territoriis domicilia habentes, emerant inſignem præfecturam, quæ eſſet feudum, cum pacto de retrouendendo, à duobus Comitibus ad certos annos. Poſtea Comites contenderunt, contractum eſſe ſimulatum, id eſt, vſurarium & pignoratitium. Cauſa fuit amicabiliter tractata apud Illuſtriſſ. Electorem Brandenburgicum: & in illa tractatione mei Nobiles ad ius prouocarant. Comites propoſuerunt libellum apud Electorem dominũ feudi. Ego, quum aduocatus eſſem, excepi, Cauſam non eſſe feudalem: Et quum mei Nobiles haberent domicilia in diuerſis territoriis, omnium ſuperiorem adeundum, id eſt, Cameram. Replicarunt domini Comites prorogationem factam. Ego duplicaui, licet id verum eſſet, tamen ante litem conteſtatam prorogantem pœnitere poſſe. Sententia ad informationem Collegii iuridici Heidelbergenſis pro meis Nobilibus lata eſt.

Verum Speculatoris ſententia falſa eſt.

Ad rationem autem Oldradi reſpondet *Bolognet. dict. leg. ſtipulatio hoc modo.*

Fundamentum Oldradi (inquit Bolognetus) leue eſt: Quia eius præſuppoſitum eſt falſum: quod infamis teſtari non poſſit, vt patet *in l. 1. C. ſecund. nupt. & l. eius qui 8. §. fin. infr. teſtam. iunct. l. cognitionum. 5. §. minuitur. infra var. & extraord. cognit. not. Bart. d. l. is cui. §. fin.* qui dicit, eſſe ſpeciale in illo caſu in damnato ob crimen famoſum. Ergo in contrarium eſt ius commune. Secundo reſpondet *Bolognet.* non eſſe verum, quod talis ſit infamis contrauenıendo iuramento, quod eſt reprobatum & contra bonos mores. Hæc ille. Et fatendum, hanc eſſe Legiſtarum ſententiam communem, vt

poſtea

postea, fauente DEO, videbitur. Sed demus ſane, infamem talem eſſe: attamen non eſt infamis infamia iuris, *Zaſ. d. l. ſtipulatio hoc modo. num. 51.*

Ad alterum *b* autem fundamentum quod attinet, conſtat iuramentum & ſtipulationem infirmitatem, non naturam actuum tollere: puta, quod contractus innominati ex capite pœnitentiæ reuocantur, id ab illorum infirmitate eſt: quum omnis in contractibus nominatis pœnitentia ceſſet. Quod autem ex capite cauſæ non ſecutæ retractantur, id ad contractuum naturam pertinet.

Iam ſi contractus innominatus iuramento aut ſtipulatione vallatus ſit, omnis quidem, re integra, pœnitentia, non etiam natura excluſa eſt. Quare ſi aduerſarius implere nolit, nihil iuramento aut ſtipulatione obſtante, ex capite cauſæ non ſecutæ à contractu reſilire poſſum. Ita hæc præ cæteris eleganter explicat *Molin. ad rub. num. 67. infr. verb. obligat. textus eſt ad id inſignis in l. fin. C. non num. pecun.*

b Summa eſt: Iuramentum tollere infirmitatem, non naturam actuum. Nã tritiſſima regula habetur: Iuramentum regulari ſecundum naturam actus, cui apponitur. Tu dic, magnam eſſe differẽtiam, inter teſtamentum, quod ab vnius voluntate dependet; & inter alios actus, qui dependent à voluntate duorum: *Ioan. Gut. d. c. 1 nu. 1.* & in dependentib. à voluntate duorũ, ſecernendam naturam actus ab eiuſdem infirmitate, vt hic.

Caſus ibi talis eſt: confiteor me tibi debere 10. quæ iuro me redditurum: eamque confeſſionem feci iurato, ſpe numerationis futuræ. Tu mihi nil numeras. Quæritur: an exceptione non numeratæ pecuniæ me tueri poſſim? Reſpondet Imperator, quod ſic. Quia licet confeſſus ſim: tamen id non ſimpliciter, ſed ſpe numerationis feci. Et ſic confeſſioni meæ tacita conditio numerationis ineſt.

Hæc conditio, quæ confeſſioni, etiam iuramento tacite ineſt: Quia iuramentum ſortitur naturam actus, cui accedit. Quum ergo hæc ſubſtantia teſtamenti ſit, vt reuocabile, & vltima Voluntas ambulatoria ſit vſque ad mortem: ſequitur hanc ſubſtantiam iuramento tolli non poſſe: ſed potius iuramentum, quod teſtamento acceſſit, hanc teſtamenti naturam induere.

Etſi autem iura præcitata Speculatoris ſententiam nil iuuent: recte tamen Couarruuias contra poſteriorem *c* reſponſionem replicat: quod iuramentum tum ſecundum actus naturã reguletur, ſi iurantis Voluntas & conſenſus non refragetur: vt quia ſimpliciter iurauit: aliud, ſi eius Voluntas repugnet: puta, Quia teſtamentum ſe non reuocaturum eſſe, iurato promiſit. Tum enim præcitata iuris theorica excluſa eſt: & alia ſibi iuris regula locum vendicat: Quod iuramentum actum omni meliori modo valere faciat. Quam rem ille *loco præcitato numer. 12. & ſeq.* quinque concluſionibus illuſtrat.

c Quod ſcilicet iuramentum ſecundum naturã actus reguletur, cui accedit. Ioann. Gute. tamen *d. c. 1. nu. 2. verſ. ſecunda opinio.* hanc theoricam pro receptiori ſententia vt præcipuam rationem decidendi adducit, quam videbis.

Couarruuias adducit textum *l. vbi ita donatur. infr. de donat. cauſ. mort.* Vbi ita donatur, inquit Martianus, mortis cauſa, vt nullo caſu reuocetur, perinde haberi debet atque alia quæuis inter viuos donatio. Donatio cauſa mortis eſt variabilis & reuocabilis, & hæc eius ſubſtantia. Quid, ſi cauſa mortis donem, vt non reuocetur? Pactum eſt contra ſubſtantiam: non ergo eſt donatio cauſa mortis, ſed donatio. Si inquam, ſimplex pactum, contra ſubſtantiam actus adiectum, contractum in aliam formam transfert, & facit, vt actus omni meliori modo valeat, multo magis idem dicendum in iuramento.

Iuramentum facit actus irreuocabiles, excludendo eorum infirmitates.

Ad naturam vel ſubſtantiam quod attinet, diſtinguo.

Aut iuramentum naturæ vel ſubſtantiæ non repugnat: & regulatur ſecundum naturam actus, *l. fin. C. non num. pec.*

Aut naturæ vel ſubſtantiæ repugnat, & actum in aliam formam transfert, concurrente voluntate & facultate.

Idem iudicandum de ſtipulatione & pacto.

Talia cotidie incidunt in emptionibus & venditionibus prædiorum, quæ fiunt ſub pacto de retrouendendo.

Nam ſi talia pacta adſint, quæ magis pignori congruant, actus transfertur in contractum pignoratitium, id eſt, antichreſin.

Eſt enim antichreſis pignus, quod ita conſtituitur, vt eius fructus & vſum pro vſuris

ſibi creditor reputet. *Alciat libr.2. diſpunct.cap.3. Molin.de vſur. qu.35. Idem conſ.41. num.12. Cuiac. lib.3.obſeruat. cap.35. Mynſing. obſeruat.71. cent.6. Andr.Gail.obſeruat.pract.lib.2.obſeruat.3. Modeſtin.Piſtor.conſ.13.num.6.7.lib.1.*

Quibus addatur *Molin.l.1. §.ſi quis ita. num.84.infr.verbor.obligat. Cacheran.deciſ.100 num.11.cum ſeqq.* Verum quum teſtamentum in aliam vel vltimæ voluntatis, aut contractus naturam in propoſito transferri non poſſit, vt ex prædictis liquet: Hinc ergo Speculatoris ſententiam nullo iuris fundamento niti, ſed erroneam eſſe, conſtat.

Plurimum autem DD. inter ſe contendunt: Vtrum is, qui non ob- 92
ſtante iuramento, aliud teſtamentum condidit, periurus ſit, nec ne?

Et interpretes quidem iuris ciuilis ſenſerunt, eiuſmodi teſtatorem periurum non eſſe: *Ita in Auth. ſacramenta puberum. C.ſi aduerſ. vendit.* Hancque ſententiam omnes *in d.l.ſtipulatio hoc modo.* tueri dixit *Zaſ. ibi num. 50.* in quam etiam inclinant *Caſtr. num.2. Bologn. num.38 79. & Donell.nu.34.35. Forcatul. Dialogo 55.nu.3. VViſenb.conſ.71.num.6.* & hanc communem Legiſtarum ſententiam eſſe teſtati ſunt *Cyn.in l.1.nu.14. C.SS Eccleſ. Clar.d.§.teſtamentum.quæſt 94.num.4. Vaſq.de ſucceſſ.reſolut.lib.1.§ 1.num.1. Gabr. Roman. lib.2.recept. concluſ tit. de iuretur. concluſ.1. num.8. verſ primo igitur ex hoc infertur. Petr.Gregor.in ſyntag.iur. part.3.lib.50. cap.3.num.4.*

Tum (1) quod eiuſmodi pactum libertatis teſtandi conſtrictiuum contra bonos mores ſit: *d. l.ſtipulatio hoc modo. 60.* At non eſt obligatorium contra bonos mores præſtitum iuramentum. Iuramentum enim inualidos contractus confirmat, non prorſus reprobos. *d* Quia ægris Medici ſubuenire poſſunt, mortuis non poſſunt, *c. non eſt obligatorium. 58. de reg. iur. in 6.*

d 1. Medici non reſuſcitant mortuos.
2. Sed ægris adſunt quam diu res dubia.
3. Vbi res patientis proiectas omnino vident, ſeſe ſubducunt.
Naturam imitatur ars.

Tum (2) quod conſtet iure quoq; Canonico eiuſmodi pacta eſſe prohibita, *c.1. & 2.* qui textus ad hoc apertus eſt, docens etiam legibus gentilium eiuſmodi pacta eſſe inhibita, *de conceſſ præb.c.2. & 3. eod. tit. in 6.* At * conuentiones, quæ lege prohibentur, inutiles ſunt, iuramentum etiam non admittitur, *l non dubium.5. C.de legib.* †

1. Ius non reſuſcitat lites mortuas.
2. Sed cauſis tantiſper adeſt, donec dubiæ ſunt.
3. Vbi cauſa deſperata, Aduocatum cauſam deſerere iubet, *l rem non nouam. C.indic.* vbi iuramentum Aduocatorum exponitur, quod hodie exulat. Quia, vt inquit Baldus, *in l.ſi poſt perfectam C euict.* contemnitur. Ideo Marantæ conſultius videtur, vt omittatur. Ita *de ord iudic. part.6. de iuram. calum num.11.* Hi rem bonam propter abuſum abiiciunt: quorum peſtilens opinio in his terris & alibi recepta, multarum litium ſeminarium eſt.

* Id quod lege prohibente fit, ne iuramento quidem firmatur.
Sed pacta de viuentis ſucceſſione ſunt contra legum prohibitionem, vt præcitatæ Decretales dicunt.
Ergo iuramento non firmantur.
Reſpon. ad minorem, pacta de ſucceſſione viuentis prohibita, id eſt, diſpoſitiua, non acquiſitiua. Noſtra quæſtio nil commune habet cum pacto diſpoſitiuo.

† Petrus tamen Gregorius vltra hæc fundamenta aliud quoddam habet.

Verum hæc interpretum noſtrorum fundamenta nullo negocio tolluntur. Quod enim dicitur: iuramentum cõtra bonos mores præſtitum, obligatorium non eſſe: id procedit in bonis moribus naturalibus, non ciuilibus, *Angel.in tr.de teſtam gl.104.n.4.5. Vaſq. de ſucceſſ progreſſ lib.1.§.1.n 188. cum ſeqq. Petr.Greg in ſyntag.iur.part.3.lib.50.cap.5.nu.4.* eleganter *Gail obſeru. pract.libr.2.obſeru.39.n.15.16.17.* vbi intellectum *d.l.non dubium. & d.c.non eſt obligatorium.* tradit. At pacta ſucceſſoria tantum contra bonos mores ciuiles *e* ſunt, ex plurimorum ſententia. Et licet hæc opinio à multis in dubium reuocetur: tamen & veriſſima eſt: quum nullo iure relatum ſit, eum, qui ſibi ipſi teſtandi facultatem conſtringit, mortale aut veniale peccatum committere: & in praxi obtinet: quum ſtatutis & conſuetudinibus

e Quod ſcil. aliter quam legibus præſtitutum eſt, hæreditatem alienã capiet. & libertatem teſtandi, quantum in ſe eſt, conſtringere cupiat.

nibus

nibus pacta successoria sustineantur: quod fieri haudquaquam posset, si bonis moribus naturalibus aduersarentur. *f*

f Obiiciat aliquis contra hanc distinctionem etiam ea, quæ moribus naturalibus contraria sunt, iure licita fieri, vt vsuras. De vsuris respondeo, quod excluso casu 1. eleemosynæ: 2. mutui, quod egentibus datur: 3. & mutui officiosi, licite permittantur tanquam limitatum interesse, quod regulariter incidit.

Deinde *d.l.fin. C.pact. & d.l. ex eo. C. inutil. stipul.* à materia pacti acquisitiui, quæ *in dict. l. stipulatio hoc modo. & iurib. concord.* tractatur, secundum præmissa plurimum differt. Etsi enim vtrinque pacta contra bonos mores *g* sunt: tamen in hoc discernuntur: quod pactum acquisitiuum turpe habetur: quum inducat votum captandæ mortis alienæ, *d.l.fin.* quod de pacto acquisitiuo nusquam in iure expressum est: & ab huius pacti natura plurimum abhorret, vt supra ex Bologneto hæc distinximus. Quare quum in præcitatis Decretalibus, & maxime *in dict. c.2. extr. concess. præben.* ratio decidendi ad materiam *d.l.fin.* pertinens (ne scilicet desiderare quis mortem proximi videatur, &c.) allegetur: iura Pontificia non tam ad pactum acquisitiuum, cui nostra quæstio affinis est, *h* quam ad dispositiuum respicere constat. Fatendum quidem, de acquisitione beneficii ibi quodammodo agi: At non cum possessore, in cuius locum & beneficium quis succedere desiderat: sed eo potius ignorante, cum tertio: quod à substantia pacti acquisitiui *in d. l. stipulatio hoc modo. & iurib. concord.* plane abhorret: & pacti dispositiui ita proprium est, vt hanc potissimum ob causam illud votum captandæ mortis alienæ continere putetur, & à iure reprobatum sit.

g Quãdo duo clam paciscuntur de hæreditate tertii, iura præsumunt votum captandi mortem. At si ego ipse tecũ de mea hæreditate paciscar, nil tale iura præsumũt. Ratio diuersitatis: Nã si ego ipse tecum ago, iura potius præsumunt, quod tu mihi vt homo integer vitæ, scelerisq; purus, cognitus, & ea animi rectitudine præditus sis, vt de te nil sinistri suspicer. Quemadmodum & *in d.l.fin.* pacti depositiui suspicio purgatur, si eius, de cuius corio agitur, consensus accedat. Nam si ille de paciscentibus bene confidit, iuris quoque sinistra suspicio concidit.

h Affinis (inquam) non eadem est. Nam termini quæstionis nostræ à materia *l. stipulatio.* hoc modo differunt, vt per Angelum *d.gloss.104. num.4.*

92 Contrarium ergo, quod testator periurus sit, tenent Canonistæ *in c. cum contingat. de iureiur. Felin. c. si diligenti. de for. compet. Petr. Gregor. in syntagmat. iur. part.3. libr.50. cap.5. numer.13.* Et hanc non modo communem Canonistarum sententiam, omnes *locis præcitatis, & Vasqu. de successs. resolut. § 1. num.1.* sed in genere receptiorem, *Grass. d.§. testamentum. quæst.88. num.2.* & veriorem sententiam appellant, *Alex. in d.l. stipulatio hoc modo. num.5. 6. sequitur ibi Zas. nu.50. Angel. in tractat. de testam. d. gloss.104. num.7. Ioan. Gutt. de vlt. volunt. part.2. cap.1. num.5. Clar. d.§. testamentum. quæst.94. num.4. Dilect. d. caut.2. num.7.*

Tum (1) quod iuramentum sit de foro Canonico, *c. fin. de for. compet. in 6. cum concord. Alex. in cons.63. libr.3.* Ergo etsi leges expresse reprobarent iuramentũ, adhuc non seruans esset periurus, *Alex. d. l. stipulatio hoc modo. n.5.*

Tum (2) per *c. sicut. 22. & c. si inter. 31. de sponsal.* vbi casus est, etsi cõtrahens sponsalia de futuro, mediante iuramento, non prohibeatur cum alia, postea de præsenti contrahere, quod tamen periurus sit, *Zas. d.l. stipulatio hoc modo. num. 50.*

93 Sed ne Canonistarum quidem rationes eiusmodi sunt, vt iuris examen sustineant.

Nam etsi text. *d.c.fin.* iuramentum de foro Canonico esse definiat: (cuius textus declaratio petenda est ex traditis *per DD. in l.2. ibi Bart. num.2. 3. 4. Dec. num.10. & 29. Bologn. num.17. & 33. ad fin. & notanter per Zas. num.8. supr. de iurisdict. Matth. de Afflict. decis.263. num.3. Couarr. ad c. quamuis. 1. part. relect. §. 5. num. 6. vers. nono ab eadem resolutione. Idem libr. 1. variar. resolut. cap 4. num.8.*

num.8. prope fin. Mynsing. obseruat. 99. cent. 3. Gail obseru. pract. lib. 1. obseru. 22. cum aliquot seqq. & luculente Petr. Gregor. in syntagm. iur. part. 3. libr. 50. cap. 12. per tot.) Tamen & hæc decisio, cum aliis, quæ inde sequuntur, doctrinis (quibus ordinaria Magistratuum iurisdictio iam olim circumcisa fuit) iampridem in Ecclesiis reformatis Germaniæ (vt de aliis, ac maxime quid Galli & Hispani sequantur, nil dicamus, de quibus videatur *Bodin. de republ. lib. 3. cap. 3. fol. 277. & Duaren. libr. 1. de Ecclesia. cap. 2. & 5.*) sublata sunt, suspensa scilicet per Recessum Augustanum Anni L V. iurisdictione Ecclesiastica, institutisque ab Electoribus, Principibus, atque Statibus Imperii Consistoriis, & ad ius vetus reditum est, quo sacramētorum dispensationes à Prætore, vel Imperatore fiebant: Pontifices autem imperio & iurisdictione carebant, i *l. fin. in princ. infr. ad Municipal. Tranquill. in Tiberio. cap. 35. Zas. l. stipulatio hoc modo. num. 28. infr. de verbor. obligat. Carol. Molin. in addit. ad Alex. d. cons. 63. ante num. verb. competentem. lib. 3. Idem in tract. de vsur. quæst. 2. num. 70. & 87. & quæst. 10. num. 155. notat aliquid collegium Ingolstadtense lib. 5. consil. var. German. cons. 24. nu. 167. Petr. Gregor. in syntagm. iur. part. 3. libr. 50. cap. 12. num. 8. luculente Bodin. de republ. libr. 3. cap. 3. fol. 277. 278. 279. (in edit. Paris. Anno 86.)*

i In materia iuramenti, standum iuri canonico, in vtroque foro, *c. 2. ibi Gemin. num. 4. 5. Philip. Franc. num. 3. de iureiuran. in 6. Dd. in auth. sacramenta puberum. ibi Salycet. num. 8. Ias. num. 24. Igneus num. 15. C. si aduers. vendit. Castrens. in l. consulta. C. de testam. Simoncell. de decret. libr. 3. tit. 8. num. 139. decis. Camer. nouiss. 4. num. 42. tom. 2. libr. 1. fol. 131.* & quæstio de iuramento regulariter ad iudicem ecclesiasticum spectat, *Gail. libr. 1. obseruat. 25. num. 1. vbi ita regulam ponit.*

Contrarium autem, quo ad hoc posterius membrum, tenet Zasius, *l. stipulatio hoc modo. num. 28. de verb. oblig.*

Regulam ita retentam limita vt hic in textu, & quinque modis, *de quibus Dn. Andr. Gail loco præcitat.* De casu dispensationis, quem hic attigi, & de relaxatione iuramenti ad finem agendi, quæri video, num eiusmodi dispensationes etiam ab inferiori à Cæsare fieri possint.

Aliquibus id indistincte dicendum videtur: Aliis negantibus, Dn. And. Gail *loco præcitat. num. 2.* quinque textus adduxit, quorum non eadem sententia est.

Aut enim lex ipsa iuramentum interpretatur, & res nullam dubitationem habet. Aut quæritur de dispensatione, quo modo textus *l. fin. in princ. infr. ad municipal.* loquitur: vel etiam de relaxatione ad finem agendi: vt in ordinatione, *p. 12. tit. 24. vbi Cisner. & constitut. Carolina criminalis. c. 22.* De quo iuris puncto videri possunt Mynsinger. *obseruat. 99. cent. 3.* Gail. *dict. obseruat. 25. num. 2.* Dn. Petr. Denach. *in iure Camer. lit. R.* Lancell. Conrad. *in temp. om. iud. libr. 1. c. 1. § 4. vers. 1. num. 7.* Peregrin. Iam. *de citat. real. c. 1. num. 273.* Tranquill. *in Vespasiano c. 35.* Decian. *in praxi crimin. libr. 6. cap. 11. num. 54.* Noha Meurer. *in praxi crim. p. 2. fol. 69. rubr.* von relaxation der Ende. Schwanman. *libr. 2. process. Camer. c. 21.* Bernhard. Græueus *lib. 1. conclus. Camer. 22. consid. 1. num. 4. conclus. 25. num.* Vnde authorum variæ habentur sententiæ.

Guido Paponius *decis. 178. num. 3. & perspicue decis. 194.* tenet, etiam inferiorem ab Imperatore eiusmodi dispensationem facere posse. Restaurus autem illam ad Cæsaris reseruata pertinere censet, *in tract. de Imperat. quæst. 110. vers. 25.* in quibus parum repugnantiæ est: Si quæ idem author *eadem quæstione versic. trecentesimo trigesimo. vsque ad fin.* scribit, & supra traditam vulgarem theoricam, de Cæsaris & inferiorum principum æquiparatione, recte huc applicueris.

In illis, à quibus non prouocatur, æquiparationem hic procedere dubitandum non est. De aliis principibus nostris, rectius opinantium censura salua, contrarium semper statui, atque etiamnum statuo. Nam inferiores à Sacra Cæsar. Maiestate, reseruatis imperialibus, iuxta distinctionem supra relatam gaudent, quorum in terris suis, & vt tales, capaces sunt. At eiusmodi dispensationum, aut relaxationum ad finem agendi, eam ob causam capaces esse non videntur: quod iis in casibus, vbi ad Cameram Imperialem prouocatur, illi, qui iurauit, non tantum apud inferiorem, sed & apud Cameram relaxatione opus sit: quam relaxationem inferior, eam ob causam, non facit, cum extra territorium suum reseruatis, quorum capax est, non gaudeat. Ideoque citatio, *de qua in dict. tit.* decernitur, etsi vtraque pars mediate Cameræ supposita sit, *Adrian. Gylman. tom. 3. symphorem. verb. relaxatio iuramenti.*

Deinde text. *dict. c. sicut. & dict. c. si inter.* perperam huic nostræ materiæ adhiberi constat. Sponsalia enim recte & licite contrahuntur: Vt proinde nulli mirum videri debeat, si periurus sit, qui post iurata sponsalia de futuro, cum alia de præsenti contrahit. At iuramentum, quo quis sibi ipsi testamenti reuocandi libertatem constringit, cum testamenti substantia pugnat: & pacta successoria, textus iuris contra bonos mores esse, diserte pronunciant. Vt proinde disparatorum disparata ratio sit.

Aliam

94 Aliam ergo distinctionem commentus est *Couar.* k *d.rubr.part.2.num.16. & 17.* Existimat enim nullum respectum eius iuramenti habendum, quod stipulationi pœnali accesserit: aliud, si promissioni simplici adiiciatur. Stipulationem enim pœnalem contra bonos mores esse iudicat: *d.l.stipulatio hoc modo.* (Quod nimis auide stipulator adhuc spirantis hæreditatem captet:) non etiam promissionem simplicem, vel iuratam, sicut in simili specie promissio matrimonii contrahendi licita sit, siue fiat simpliciter, siue cum iuramento: quum tamen promissioni huic pœnam addi bonis moribus refragetur, *l. Titia.133.infr.de verb. obligat. c.gemma.29. extr.sponsalib.*

k Couarruuias vidit in *dict.l.stipulatio hoc modo.* & in materia spōsalium pœnam reprobari: econtra in eadem spōsalium materia iuramentū non reprobari, vt *c.10.16.17.22.31. de sponsalibus.* Inde infert: etiam in nostra materia inter pœnam & promissionē simplicem iuratam distinguendum. Addit rationem diuersitatis inter iuramentum seu promissionem simplicem & pœnalem, vt hic. Quod is qui pœnam stipulatur, nimis auide alienam hæreditatem captet. Ad hæc ego tribus modis respondeo.

Verum & hæc Didaci noua opinio non vsque adeo tuta est.

Tum (1) quod multo maior turpitudo in promissione successionis simplici & iurata, quam in pœnali insit. Qui enim simpliciter paciscitur, & promittentem ad iuramentum adigit, is tota animi intentione, & vsque adeo auide hæreditatem alienam persequitur, vt ea sine omni exceptione & præcise potiri, atque libertatem testandi prorsus impedire cupiat. At qui pœnam stipulatur, is promissori liberum facit, vt pro arbitrio testetur, modo sibi pœna fuerit persoluta: quum pœnam & principale quis simul habere non possit, *DD. in l.4.§. Cato. in leg.5.§.fi.inf.verbor. obligat. late Roman.cons.510.num.19.20.21.Molin.de indiuid.1.part.num.55.& late part.2.num.569. vsque ad fin.* nisi in duobus casibus *Molin.loco præcit.nu.569. & 578.*

Tum (2) quod male ille argumentetur à contractu matrimonii licito, ad materiam nostram & ad pacta successoria: quæ cum testamenti substantia pugnant.

Tum (3) quod *in d.l.Titia.* l *& d.cap.gemma.* ratio decidendi quo ad propositum nostrum, vtrobique eadem sit, quod libertas matrimonii ab initio vinculis constringenda non sit, quales illi casus sunt. Nam ibi liberorum contemplatione parentes sponsalia contraxerant: & sic quæstio est de matrimonii libertate, quo ad liberos constringenda: qui metu pœnæ ad contrahendum cogerentur, si ea in stipulationem valide à parentibus deduci posset. Neque textus vim in medio constrictionis, id est, in pœna tantum faciunt: quum constrictio ipsa & quod huius consectarium est, omnia constrictionis media improbentur. Ergo licet textus de pœna loquantur: Idem tamen de omnibus aliis mediis in materia illorum iurium est, per quæ matrimonii libertas impeditur. Nam vbi eadem ratio, ibi idem ius viget. Vt proinde nullo modo inter pœnam, iuramentum, aut alia constrictionis media distinguendum, sed huc tantum spectandum sit: Vtrum matrimonii libertas cōstringatur. Constringitur autem, vt dixi, in terminis *d.l.Titia.& d.c.gemma.* si parentes liberorū nomine contrahāt sub pœna. Idemq; est (ad liberos quod attinet) si parētes de sponsalibus liberorum

l Couarruuias argumentatur ex *d.l.Titia.& d.c.gemma.* Quod pœnæ additio ibi reprobetur. Ex aliis iuribus autē probat, quod iuramentū non reprobetur, (id est, in contractu matrimonii.) Inde infert differentiam inter promissionem simplicem iuratam, & inter promissionē pœnalem esse. Hāc reprobari, illam non. Argumentum hoc est ex scopis dissolutis compactum. Si recte colligere voluisset, mōstrare debuisset in casu *d.l.Titia.& d.c.gemma.* iuramentum tolerari, reprobari autem pœnam. Debuisset, inquam, persistere in eodem casu, & in eadem facti specie. Nunc autem ille inter se permiscet iura diuersissima. Hæc probatio nihil concludit: Quia à diuersis. Dico ergo in *d.l.Titia & d.c.gemma* idem iuris esse de iuramento & de pœna: & frustra illum hos textus ad pœnam restringere. In *d.l.Titia.* allegat IC. Paulus rationem decidendi pertinentem, & ad contractum & ad distractum matrimonii. Vtrum autem distractui matrimonii pœna addi possit, tangit vno verbo ibi Paulus, & plenius explicat Pomponius in *l.si ista stipulatio.19 infr.verb.obligat.* Summa refutationis meæ est: Quod frustra Couarru. iura adducta ad pœnam restringat: Dico idem in iuramento, in illis facti speciebus.

rorum iuraſſent: & ſic per iuramentum matrimonii libertatem conſtringere voluiſſent, *arg. cap. ex literis.* m *10. de ſponſalib.* Quum ratio harum legum, vt dixi, non in medio conſtrictionis, ſed in ipſa conſtrictione libertatis matrimonii conſiſtat: Alioquin ſi ad vnicum conſtrictionis medium, id eſt, ad pœnam ſolummodo, vt Couarruuias exiſtimat, legislatores reſpexiſſent, conſtrictio libertatis matrimonii vtique aliis mediis (excepta pœna) fieri potuiſſet: & ſic iura prӕcitata eluſoria, & verbis, non rebus, poſita eſſent: quodque vna via prohiberetur, alia permitteretur. Quӕ abſurda ex illius doctrina ſequuntur. Quod ſi partes *n* ipſӕ per ſe libere contrahant, & iurent: nulla de conſtrictione libertatis matrimonii quӕſtio proprie eſſe poteſt: quum quӕ ab initio voluntatis ſunt, poſt contractum initum, merito neceſſitatem quandam habeant, vt ex *cap. ex literis 10. cap. commiſſum. 16. cap. requiſiuit. 17. cap. ſicut. 22. cap. ſi inter. 31. extr. ſponſalibus.* apparet.

m Ibi quidẽ gloſſa diſputat ſuper verb. *tam patres.* Sed quũ in textu dicatur tã patres quam liberos iuraſſe, Summus Pontifex de iuramento parentũ nil attingit: ſed ſuã deciſionem tãtum in iuramento filii fundat. Vnde ſequitur, nil id iuramentum patris filium adſtringere: nullam eius quo ad filium ducendam eſſe rationem.

n Reſponſio ad obiectionem, quod iuramentum accedat matrimonio, & non reprobetur. Periuri ſunt, qui non ſeruant: & cogendi ſunt, vt ſeruent, quemadmodum hӕc iura dicunt. Textus in *dict. c. requiſiuit* dicit: quum matrimonia libera eſſe debeant, fœminam, quӕ iurauit, ſe alicui nupturam, monendam potius quam cogendam eſſe. Gloſſa fin. ibi ſe multum torquet: textum autem recte exponit finaliter: Quod primo monenda, poſtea cogenda ſit. Nam particula *potius* eſt implicatiua: non excludens, ſed implicans coactionem.

Quare aliam diſtinctionem producit *Vaſq. in lib: 1. de ſucceſſ. reſolut. §. 1.* 95
num. 1. & 2. vt, qui ſine cauſa aliud teſtamentum facit, periurus ſit: non ſi cauſam idoneam habeat, quod etiam docuere *Alex. in d. l. ſtipulatio hoc modo. num. 5. ibi Zaſ. num. 51.* Sed ne hӕc quidem reſolutio totam quӕſtionem definit. Quare ſic plenius hanc materiam diſtinctione explicandam cenſeo: Quod iuramentum duobus modis teſtamento accedat, aut ſimpliciter, ad demonſtrandam ſolummodo enixam Voluntatem *o* teſtatoris: aut non ſimpliciter, vt quia promittitur de teſtamento non reuocando, *Bologn. d. l. ſtipulatio hoc modo. n. 71. vſque 78. & maxime num. 76. Couarr. ad rubr. de teſtament. part. 2. num. 14. verſ. quinta concluſio.*

o Puta, inſtituo Titium, & iuro, quod hӕc mea ſimplex voluntas ſit, quod ipſum inſtituam, vel quod hӕc mea enixa voluntas ſit, vt illa diſpoſitio pro meo teſtamento habeatur. Adde aliquid per Graſſum §. *teſtamentum. quӕſt 87. num. 3.* Et exemplum habes, Si pater in materia *l. fin. C. pactis.* filiis conſentiat paciſcentibus cum iuramento, *Graſſ. quӕſt. 9. num. 14.*

Ergo ſi teſtator iuramentum ſimpliciter prӕſtitit, nec promiſit teſtamentum non reuocare, abſque periurii metu libere poterit, quӕ primo diſpoſuerat, mutare. Cenſetur enim iuraſſe, illam eſſe propriam, liberam, & non coactam ſuam voluntatem. Et ſic iuramentum ſecundum teſtamenti naturam regulatur, *Bolognet. d. l. ſtipulatio hoc modo. num. 76.* vbi tres effectus huius iuramenti tradit, *Couarr. loco prӕcitato. Graſſ. §. ſucceſſio ab inteſtato. quӕſt. 9. num. 14.*

Quod ſi teſtator iuret, ſe teſtamentum non reuocaturum, quemadmodum Dd. in hac quӕſtione loquuntur, & poſt eos Angel. *in tr. de teſtam. gloſ. 104. num. 1.* ſubdiſtinguendum.

Aut enim cauſam reuocationis habet, puta, quia culpa hӕredis, inimicitiӕ inter eos ortӕ ſint: Vel quia vitӕ teſtatoris hӕres inſidiari cœpit: & ӕquiſſimum eſt, teſtatorem poſſe mutare teſtamentum, nec per hoc periurium incurrere. Iuramentum enim, & quӕlibet diſpoſitio intelligitur, rebus ſic ſe habentibus, vel in eodem ſtatu permanentibus, *l. quod Seruius. 8. ibi Bart. ſupr. cond. ob. cauſ. cap. ſuggeſtum. 9. de decim. Roman. conſ. 22. verſ. ſecundo, quod etſi paciſcar. Gozadin. conſ. 27. n. 9. Olarad. conſ. 231. Oſaſc. deciſ. 91.* & ita in noſtra materia decidunt *Alex. in d. l. ſtipulatio hoc modo. n. 5. ibi Zaſ. num. 51. Vaſq. de ſucceſſ. reſolut. lib. 1. §. 1. num. 2. Ang. d. gloſ. 104. num. 7.*

5 Aut cauſam nullam habet.

Quo

Quo casu si vltro iuret testator, nemine cum ipso paciscente, proculdubio Canonistarum opinio verior, & testator periurus est. Tum (1) quod contrarium bonis moribus, naturalibus aut diuinis non sit, vt quis sibi ipsi testamenti libertatem auferat, *Couar. d. rubr. part. 2. num. 5.* Tum (2) quod isto in casu, vbi opiniones sunt, tutius eam sententiam retineamus, per quam animæ periculum euitatur, *Ang. d. glos. 104. num. 8.* Et quinque effectus huius iuramenti notat *Bologn. d. l. stipulatio hoc modo. num. 74.* Ergo hoc casu Canonistarum sententia, magis communiter recepta, procedit. Quam tamen temperat *Zas.* vt talis non sit infamis infamia iuris, *in d. l. stipulatio hoc modo. num. 51.*

At si testator iuret de non reuocando testamento, hærede paciscente: hoc casu Legistarum sententiam in puncto iuris veriorem esse arbitror. Nam & pactum hoc contra bonos mores est: & iuramentum contra substantiam actus adiectum, atque ad ampliandum veniens, vitiatur, non vitiat: quum testamentum in aliam actus speciem transire nequeat, per prædicta.

Verum tutius est, & magis animæ periculo consulitur, si nulla mutationis causa subsistente, Canonistarum sententiam sequamur, quorsum confert elegans disputatio *Gail. obser. pract. lib. 2. obs. 39. num. 12. cum seq.*

In doctrina Petri Gregorii *part. 3. syntagm. iur. lib. 50. c. 5. num. 10. & 13.* videtur esse pugna, de qua pauca dicenda sunt: quum ad hanc doctrinam pertineant. *num. 10.* dicit, si forma substantialis actui desit, ne iuramentum quidem actui accedens valere, si in aliam formam contractus transire nequeat. Hæc ille dicit. Idem autem omnino est, quo ad iuramentum, si actus quidem in forma perfectus sit, sed iuramentum contra substantiam actus accedat, & cum substantia actus pugnet, & actus in aliam formam transire nequeat. Dico idem esse in hisce casibus, quo ad iuramentum: Nam quo ad ipsos actus aliud est: quum actus is, cui substantia deest, nullus, is cui substantia est, validus sit. Cæterum, quo ad ipsum iuramentum, nulla differentia est. 1. Præsupponitur enim neutro casu, actum transire in aliam formam. 2. Deinde quantum discriminis est inter iuramentum, quod contractui in forma deficienti accedit, & inter illud, quod actus formam destruit, quod inquam re vera non confirmat, sed destruit formam actus. Sit ergo hoc theorema fixum: Iuramentum, quod actui in forma deficienti accedit, vel formam actus destruit & oppugnat, concidere, nisi actus in aliam formam transferri possit, vt videlicet propter iuramentum omni meliori modo valeat.

At *num. 13.* docet ille idem *Petr. Gregor.* si actus iuratus sua natura reuocabilis sit, posse eum reuocari actu sequenti, qui valiturus sit, non obstante iuramento, quanquam qui contra fecerit, periurus sit.

Hæc videntur contraria.

Si actus non consistat, aut iuramentum cum actu non consistat, neque actus in aliam formam transeat, quod iuramentum nullum sit. Item, si actus natura variabilis non sit, quod iurans de non contraueniendo, & contraueniens periurus sit.

Respon. Puto, hæc sic recte conciliari posse: Aut actus sua natura variabilis in aliam formam potest transferri, & tunc aut ad instantiam iurauit, aut non, & est periurus. Aut potest transferri in aliam formam, non transfertur, & non est periurus.

Dixi autem in quarta ampliatione de directa & expressa testatoris protestatione.

96 V. Amplia, vt libertas testamentorum, ne indirecte quidem & expresse constringi possit.

Atque hinc infertur I. Etsi condito testamento, & scripto hærede Titio, testator addat, omnia bona in eum euentum, quo aliud testamentum faciat, se hæredi donare, nihilominus testamentum reuocabile manere, & eiusmodi donationem in fraudem legis & sub conditione reprobata atque in pœnam mutantis testamentum contra bonos mores additam,

ditam, nil valituram. Atque ita contra *Dyn. in c. quod semel. de reg. iur. in 6.* concludit *Natta cap. quamuis. part. 2. num. 93. ibi addit. de pact. in 6. Andr. ab Exea de pact. part. 2. num. 58. Bart. in d. l. stipulatio hoc modo. num. 2. ibi Bald. nu. 2. Castrens. num. 2.* Et hæc est modernorum sententia communis, *Alexan. ibi num. 3. Bologn. num. 58. 62.* magis communis & passim per DD. *additio ad Oldrad. cons. 160. Bologn. loco præcitato.* imo ab omnibus communiter approbata, *Zas. d. l. stipulatio hoc modo. n. 13. Ioan. Gute. de vlt. volunt. p. 2. cap. 1. num. 3. Ioann. Dilect. de arte testan. tit. 10. caut. 2. num 1.* atque vera. *M. de Afflict. in cap. si quis inuestierit, num. 76. de feud. dato in vic. l. commiss.* & in praxi recepta, *Bologn. loc. præcit.* atque in iudicando & consulendo tenenda, *Ias. d. l. stipulatio hoc modo. num. 7.*

Etsi enim donatio omnium bonorum simpliciter fieri possit, vt postea, DEO volente, docebitur: tamen sub conditione reuocationis testamenti facta, non tenet, sed ipso iure nulla est, vt per *DD. locis præcitatis.*

Idque verum est, etiam de rerum particularium donatione, sub tali conditione facta. *p arg. d. l. stipulatio hoc modo.* Causa enim annullationis non dependet ab hoc, vtrum remaneant, vel non remaneant bona: sed ab eo, quod facta est promissio sub conditione turpi & reprobata: Quæ etiam militat in quacunque donatione. *Bolog. d. l. stipulatio hoc modo. num. 63. Carol. Molin. in addit. ad Alex. cons. 25. nu. 5. lib. 5. Couar. d. rubr. part. 2. nu. 17.* Quam tamen sententiam declarat *Bologn. loco præcitat. & Pec. de testam. coniug. lib. 1. cap. 43. Dilect. de art. testandi, tit. 10. caut. 2. num. 1. & 5.*

p 1. Pœna qua cōstringitur libertas testandi, est prohibita.
Donatio rei certæ facta in euentum reuocationis, est pœna.
Ergo est prohibita.

2. Pœna *in d. l. stipulatio hoc modo.* est res certa.
Ergo etiam rei certæ promissio in euentum reuocationis testamenti prohibita.
3. Ratio decidendi in *l. stipulatio hoc modo.* fundatur non in medio constrictionis, sed in ipsa constrictione libertatis testandi. Ergo non distinguēdum, Vtrum pœna directo & expresse, vel indirecte, tacite & effectu ipso promittatur.
Aliqui contra hæc opponunt text. *l. 1. C. vt act. ab hæred. & contr. hæred. &c.* Sed is textus nil ad rem facit. Loquitur enim in contractu & donatione simplici, non de ea, quæ in euentum reuocati testamenti fit.

Et hanc quintam ampliationem, vltra subampliationem de rebus certis, aliis quatuor modis, puta, 2. in quolibet actu, aufferente liberam testandi facultatem, 3. in quota bonorum, 4. in pia causa, 5. accedente iuramento, subampliat *Bologn. loco præcitato. num. 62. vers. & ampliatur. num. 65. 68. 69. 70.* Limitat autem in causa legati, quando hæc pœna apponitur reuocationi certi legati cum communi. *Ioan. Gute. d. cap. 1. num. 3.*

II. Hinc infertur ad pactum pœnale, Quæ est materia *dict. l. stipulatio* 97
hoc modo. Quod enim via vna, directo scilicet, & per dispositionem prohibetur alicui: id alia, puta, per conditionem, pœnam & indirecto admitti non debet. *c. cum quid. 84. de reg. iur. in 6. l. Seius & Augerius. 27. infr. ad l. Falcid. DD. in d. l. stipulatio hoc modo. ibi Ias. num. 3. Zas. num. 48. Bologn. num. 29. 62. Dec. in d. l. pactum quod dotali. num. 7. versic. sexto ampliatur. Bologn. l. fin. num. 62. C. de pactis. Gras. §. successio ab intestato. q. 9. num. 1. 2.*

In *l. Seius & Augerius.* testator sic cauerat: Seius & Augerius si intra 30. diem mortis meæ Reipublicæ nostræ cauerint, contentos se fore tot aureis, legis Falcidiæ beneficio omisso hæredes mihi sunto: quos inuicem substituo. Qui si voluntati meæ non consenserint, exhæredes suntó.

Quæsitum est, an hæredes instituti hæreditatem adire possint, si conditioni parere nolunt: quum habeant substitutos eadem conditione præscripta? Respondit Scæuola: Seium & Augerium primo loco institutos, perinde adire posse; ac si ea conditio, quæ fraudis causa asscripta est, asscripta non esset.

Vt inductio textus intelligatur, obseruandum, etsi hodie Falcidia per testatorem prohiberi possit: *Auth. sed cum testator. C ad l. Falcid. DD. in d. l. nemo. ibi Alciat. num. 8. Franc. Rip. num. 48. Bologuet. num. 111. vsque 124. Angusola cons. 3. num. 6. libr. 6. Gabr. Roman. lib. 4. com-*

mun.

mun. conclus. tit. ad SC. Trebell. conclus. 1. in princ. Alphan. in reportat. numer. 105. Delrio in collectan. pag. 237. Attamen iure veteri aliud fuisse: Iure enim veteri nil de Falcidiæ detractione testator prohibere poterat, *leg quod de bonis. 15. §. fin. infr. ad l. Falcid.* Hæres autem hoc ius bene remittebat: quia de ipsius fauore agebatur. Fauori enim suo quilibet renunciat, *l. potest. 71. infr. ad leg. Falcid.* Quum ergo testator iure veteri directo, id est per dispositionem prohibere non posset Falcidiam: ideo id ne indirecto quidem per conditionem, aut pœnam facere poterat. Hæc est decisio *dict. leg. Scius & Augerius.* Ex quo textu DD. hoc pulchrum notabile eliciunt: Quum Falcidia non minuatur per dispositionem, quod ne per conditionem quidem minui possit. Et hinc, quemadmodum ex aliis etiam dispositionibus iuris regula constituitur: Quum quid vna via prohibetur, id est, directo, dispositiue, id alia, id est, indirecto, & per conditionem admitti non debere. De sensu autem huius regulæ disputant *Dyn. in dict. cap. cum quid. Bart. in leg. cunctos populos. numer. 37. C. de summ. trinit. & fid. cathol. Ruin. cons. 135. numer. 5. lib. 2. Cephal. cons. 497. numer. 91. Omnium optime Carol. Molin. ad l. vnic. q. 12. num. 240. C. sent. quæ pro eo quod interest profer. Addatur Vincent. Caroc. in tract. de locat. & conduct. part. 1. tit. quib. non est permissum conductum esse. nu. 6.*

Quam tamen sententiam *Bologn. d. l. stipulatio hoc modo. num. 20. vsque 28.* nouem modis ampliat, & duobus modis limitat: aliam postea & tertiam sublimitationem addit, *num. 44. vsque 47.*

Sublimita tertio, vt tunc stipulatio pœnæ contra bonos mores sit, vbi talis summa in stipulationem deducitur, vt eius metu quis coherceatur, ne testetur. Vbi autem tam modica summa est, vt cohercionem nullam inducat, stipulatio viribus consistere videtur: quum ea nihil obstante, libera testandi facultas maneat, *Bologn. dict. leg. stipulatio hoc modo. num. 44. vsque 47.* Ratio decidendi est: Quia cessante ratione legis, cessat legis dispositio. Prohibetur pactum pœnale: quia stipulator, quantum in se est, constringere cupit libertatem testandi. At vbi pœna talis, vt nomen pœnæ non mereatur, nullam vim cohercendi aut constringendi habeat, ibi dispositio cessat.

98 Amplia VI. Vt ne indirecte quidem & tacite libertas testandi impediri queat, *l. si fratres. 53. §. idem respondit. la 1. supr. pro socio.*

Infer I. Vt proinde donatio omnium bonorum, futurorum & præsentium, vtpote testamenti impeditiua non valeat. Et hanc Bartoli antiquam & frequentatam quæstionem *Ias. dict. l. stipulatio hoc modo. num. 11.* & sententiam communem *Bald. in l. fin. num. 19. vbi omnes Dd & Cast. num. 9. dicens* hanc sententiam fuisse Petri, quam Bartolus, Baldus, & quasi omnes sequantur, excepto Angelo Perusino, qui disputando contrarium tenuerit: Sed probationes illius non concludere, *Dec. num. 30. cum seqq. dicens*, articulum quidem esse disputabilem, sibi autem sufficere, quod hæc communis sit, quam sex modis limitat, *pulchre & latissime Alciat. num. 69. cum seqq. Bolognet. num. 9. & latissime num. 126. cum seqq. vbi decem modis limitat. C. de pactis. Bald. in dict. l. stipulatio hoc modo. num. 2. ibi Paul. de Cast. num. 3. Ias. num. 11. vers. nunc aggredior. ibi copiosa additio. Modest. Pistor. cons. 19. num. 1. lib. 2.* communem & veram *Vasq. late de success. progress.* q *lib. 1. §. 1. num. 186.* & magis communem *Ias. in l. licet. num. 15. C. pact. Dilect. dict. tit. 10. caut. 2. nu. 2.* in iudicando & consulendo tenendam *Modest. Pistor. d. cons. 19. num. 1.* atque frequentissimam DD. sententiam esse, à qua discedere non liceat, perhibet *Couarr. loco præcitat. num. 6. sequitur Gabr. Roman. lib. 3. recep. conclus. tit. de pactis. reg. 1. n. 10. vers. primo limita.* Quam late explicat *Bolog. d. l. stipulatio hoc modo. n. 28. n. 130. vsq. 144. & n. 110. vsq. 130. Modest. Pistor. d. cons. 19. n. 2. & 3.* Nec dissentit *Vasq.* r *de success. creat. lib. 2. §. 18. n. 292. & de success. resol. lib. 1. § 3. num. 22. 23.* quum ibi dicta distinguat *de success. progress. loco relato.*

q Vasquius hanc sententiam probat, sed suo more in ratione decidendi ab aliis dissentit. Vide eum omnino, ibi *num. 190.*

r Vasquius sentit cum Bartolo, sed in locis hic relatis adfirmat contrarium: quod quis omnia bona donare, & sibi facultatem testandi adimere possit, per actum meritorium, & demeritorium, id est, si sui iuris non maneat: Aliud si sui iuris maneat, vt hic.

Couarruuias libenter refutasset hanc sententiam, sed non ausus fuit totam conuellere. Mihi ea non placet. s Quilibet rerum suarum moderator est & arbiter. DEVS quidem Opt. Max. homini subiecit orbem terrarum, & creaturas omnes, vt iis cum gratiarum actione ad huius vitæ rationem commodius transigendam vtamur. Vt proinde fatuum sit, eas sine peculiari vocatione diuina abiicere: Sed integrum cuilibet esse, vt de rebus suis pro arbitrio disponat, constat. Quo ergo pacto defendemus, non valere donationem omnium bonorum, præsentium & futurorum? Respondent DD. ea ratione donationem non consistere, quod impediat liberam testandi facultatem. Ego dico, id verum esse in eo, qui bona habeat, non in eo, qui nulla vnquam habuerit, aut si habuerit, ea legitimis modis alienarit, aut male etiam consumpserit: Is non dicitur impediri aut prohiberi testamenti factione, qui testari non potest. Sed is demum, qui testari potest, id est, qui bona habet. Alio modo *Ang. l. fin. num. 5. C. de pact.* obiectionem Bartoli & aliorum diluit *ibi Salycet. nu. 7. Alciat. nu. 73. 74.* Quare nihil huc pertinet argumentum Bartoli & DD. Sed cum Bartoli sententia vsque adeo ab omnibus recepta sit, vt ab ea recedere nefas esse videatur, transeamus sane cum receptis erroribus. Cæterum ad textum *l. 73. §. idem respõdit supr. pro socio.* & ad alia iura, puta *l. 1. C. SS. Eccles. & l. stipulatio hoc modo. cum concord.* quod attinet, dicendum, si quis paciscendo, vel contrahendo prohibeatur vlterius de re contrahere, vel pacisci: quod etiã prohibeatur testari, ita hæc iura declaranda. Si autem quis ita paciscatur, vt non impediatur porro de re contrahere: poterit etiam de ea testari. Excluso ergo contractu, exclusa est testamenti factio, & admisso contractu, admittitur testamenti factio. Ita hæc declarat *Port. cons. 81. num. 14.* Qui semel bona legitime alienauit, is porro de re aut contrahere, aut testari non potest.

s Aliis etiam displicet, *Iacob. Rich. de vnione prolium. cap. 3. num 18 Franc. Curt. ibi egregie Alciat numer. 73. Cagnol. num. 119. cum seqq.* qui plures casus expendunt, *C de pact.* Videatur etiam *Matt. de Afflict. c. si quis inuestiuerit. nu. 50. cum seqq de feudo dato in vicem legis commiss.*

Et licet aliqui contra Bartolum disputent, donationem omnium bonorum, præsentium & futurorum valere: quum hæc formula omnia bona non comprehendat: eoque libertatem testandi non impediat: Constat tamen illos in decisione principali, cum Bartolo idem sentire, & frustra contendere, quod donatione omnium bonorum, præsentium & futurorum, non omnia bona comprehendantur: Quum non ad formulam præcitatam, sed huc Bartolus respexerit, vt doceret, haudquaquam donationem valituram, quando testatorem omnia omnino, nulla re sibi retenta, donare voluisse constaret. Et ita recte doctrinam Bartoli explicant *Alex. d. l. stipulatio hoc modo. num. 16. prope fin. ibi Ias. num. 11. Idem Ias. in l. licet. num. 15. C. de pact.*

Cæterum contra decisionem Bartoli multi præstantes Iureconsulti tenent, relati per *Couarr. loco præcitato.* qui contrariam sententiam communem & veriorem esse contendunt.

Porro Bartoli doctrinam retentam amplia I. Vt idem sit, accedente 99
iuramento. Nam quemadmodum testamentum iuramento non fit irreuocabile: Ita ne hæc quidem donatio valet propter iuramentum: quum per eam tacite facultas testandi auferatur: Vt proinde contra bonos mores esse putetur. *Bart. d. l stipulatio hoc modo num. 5. ibi Zas. num. 1. & 2.* Communem post alios dixit *Couarr. ad d. rubr. part. 2 num. 4.*

Contrarium tamen verius, & rectius post alios à Couarruuia loco præcitato defensum est: quod haudquaquam bonis moribus contrarium sit, quenquam sibi facultatem testandi tollere: idq; quinque ex ordine prolatis rationibus, docet, hanc sententiam Communem & veriorem testatus.

1. Ratio, si bonis moribus contrarietur, tum priuans se illa facultate, mortale vel veniale peccatum incurreret: quod nemo sanus dixerit.

2. Iure naturali potest quis omnia bona sua donare, quæ habet & habiturus est. *Authent ingressi. C. de SS. Eccles. l. Deo nobis. C. Episc. & Cler.*

3. Clausula derogatoria in testamentis non reprobatur.

4. Si fieri talis donatio potest Ecclesiæ, certe turpis non est: quum Ecclesia sit cultrix iustitiæ.

5. Statu-

5. Statuto & consuetudine tollitur hæc libertas.

Hæ sunt rationes Couarru. cuius sententia vera est: licet non omnes ex æquo rationes firmæ sint.

Ego aliud huius decisionis fundamentum produco.

Vt quis sibiipsi adimat liberam testandi facultatem, neque diuini aut naturalis iuris, vt Couarr. censet, imo ne iuris quidem ciuilis bonis moribus refragatur respectu testatoris. Non ignoro Zasium *in d. l. stipulatio hoc modo. num. 10.* dicere: quod promissio turpis sit ab vtraque parte promittentis & stipulantis. Eius enim authoritas in re aperta me non offendit. Liberam quilibet habet rerum suarum dispositionem. Quod fundamentum ita facile non conuelli potest, vt aliqui sibi imaginantur.

Nihil autem omnino obstat vulgare principium, quod communiter adducitur, non impediri posse libertatem testamentorum. Clare respondeo I. Hoc verum esse, concurrente voluntate & facultate. Voluntate, vt quia quis vult testari. Quid enim absurdius? aut quæ hæc libertas est, si quis testari nolit, illi adimere liberam per contractus de rebus suis disponendi facultatem? Facultate, vt quia testari possit, & bona habeat, de quibus testetur: aliud, si ea iam legitime abalienarit. Nam vbi ita quis contraxit, aut pactus est, vt porro contrahere, vel pacisci de re non possit, ne testari quidem potest. Et ita *d. l. 1. C. SS. Eccles. d. l. 53 §. idem respondi. supra pro soc. d. l. stipulatio hoc modo. cum concord.* procedunt. Et quum bona sua quis in mare proiicere, aut alias male consumere, & hoc pacto sibi testandi facultatem præcidere possit: quid ni etiam per contractum licitum hoc faciat? Respondeo iterum ad textum *d. §. idem respondi.* neque illum textum, neque vllam aliam legem in vniuerso iure prohibere donationem omnium bonorum, aut Contractus per se, vt scilicet quis non possit bona sua, vel partem, in alium per contractum in vita transferre. Sed hoc vult textus, quod quis contrahendo, vel aliter disponendo, non possit sese obligare, vt hunc, vel illum in parte, vel in vniuersa hæreditate hæredem habeat: vel illi hanc, aut aliam rem vt successori, relinquere cogatur. Ita recte *Modestin. Pistor.* intellexit *consil. 19. num. 6. libr. 2.* Non, inquam, loquitur textus de contractu inter viuos simpliciter, sed de contractu per quem statuitur successor. Aut clarius: de pacto indirecto & tacito successionis. Societas non potest contrahi, vt post mortem duret: Quia si ita posset fieri, pacto successor statueretur, & successiones restringerentur, id quod textus ibi clare indicat, dum meminit, & 1. de successionis restrictione, 2. & de prælatione cognati posterioris. Ita ergo coita societate, succederet socius post mortem, nec daretur facultas instituendi alios, & sic per indirectum tolleretur testamenti factio. Aut enim persona post mortem socii esset incerta, & non posset societas contrahi: aut esset certa, & tunc per contractum societatis 1. & statueretur socio successor, 2. & restringeretur ipsi testandi facultas.

Iterum ergo repeto, quod textus is non loquatur in contractu simpliciter, sed in contractu seu pacto tacito successionis. Ibi enim reuera 1. est successio, & statuitur successor, 2. Ibi est successio & successor vniuersalis, 3. Ibi successor per contractum societatis, id est, per contractum statuitur, 4. Ibi per consequens testatori restringitur facultas testandi. Ita post *Bart. & Bald.* hæc declarat *Paris. cons. 26. num. 110 libr. 2. Adde Mudeum ad hanc l.* III. Quod maxime ad intellectum textus facit, dico, quod Papinianus ibi non ad testatorem, sed ad tertium respiciat, & decisionem suam in pacto, id est, in restrictione & facto tertii fundet: quod scilicet testator facto & pacto tertii adigatur, vt & pacto 1. sibi successorem statuat, 2. & per consequens sibi ita facultatem testandi restringat. Non, inquam, agit de tali casu, vbi quis sibiipsi per contractum licitum adimit testandi facultatem, id est, bona sua alienat: sed loquitur de pacto, id est, de restrictione per actum, & sic facto tertii inducta: Quod bene notandum.

Et hunc sensum 1. probat *gl. ibi super verb. idem respondi.* quæ bene signanda est.

2. Hoc euidentissime probo. Societas enim consensu contrahitur: si consensu. Ergo vtriusque paciscentis consensus necessarius. Iam pone, me velle, vt societas, quam cum Titio habeo de omnibus meis bonis, aut de magna parte, post mortem meam duret, necesse erit, Titium consentire in personam, cum qua post mortem meam societas constet.

Quod si habeo fratrem, fratris liberos, & vlteriorem aliquem cognatum: ego libenter vellem, vt Titius post meam mortem, aut fratrem, aut fratris liberos pro sociis habe-

haberet. Ille hoc plane recusat: non vult consentire: dicit, fratrem meum, & fratris liberos esse homines dissolutos, prodigos, &c. Cupit autem consentire in tertium illum & remotiorem cognatum. Ego, si volo, vt societas constet post mortem, necessario consentire cogor in tertium illum remotiorem. Recte hic dixit gloss. si consentire socius nolit, nisi in certam personam, & ego assentiar, quod ille mihi constringat libertatem testandi.

1. Dico ergo textum illum accipiendum de tertio, qui per pactum mihi constringit libertatem testandi, & ea constrictione me quasi cogit, vt pacto successorem statuam.

2. Aut si intelligere textum velimus, quod ipse testator sibi constringat libertatem testandi: & quod hoc facere non possit, dicendum, ne hoc quidem obstare, sed in idem recidere. Quia textus loquitur in contractu 1. vltro citroq; obligatorio, 2. qui consensu contrahitur. Ergo testator ibi non restringit sibiipsi libertatem testandi vltro, sed necessitate pacti vltro citroque obligatorii, eo adductus, vt societas consistat, facit, inquam, occasione contractus respectiui, quod alias facturus non erat. Et sic adhuc constringitur libertas testandi per tertium.

Toto ergo cœlo hæc differunt, quando quis per contractum inter viuos omnia bona donat, & sic sibi vltro & liberrima voluntate per indirectum testamenti factionem adimit, quod nullo iure prohibitum legimus: (Quin potius iura dicunt, quemlibet rerum suarum esse moderatorem) Et rursum aliud est, si alicui necessitate pacti & contractus correspectiui libertas testandi restringatur. Hæc enim proprie est restrictio: Illa est libera de rebus suis dispositio & alienatio. Plura de sensu *d. §. idem respondi.* videantur apud DD. *ibi Delrio in remissionibus. pag. 55. Paris. d. cons. 26. num. 110. libr. 2. Porc. dict. cons. 81. num. 14. Modestin. Pistor. dict. cons. 19. num. 6. libr. 2.* Et de regula: Quod societas vltra mortem non porrigatur: videatur *Sebast. Med. in tr. Mors omnia soluit. part. 2. conclus. 103.*

Et idem, quod hic dico, inferunt etiam rationes Couarr. si aliquis non posset donare omnia bona, futura & præsentia, & sic sibiipsi adimere testamenti factionem, Ecclesia cultrix iustitiæ nunquam illas donationes admisisset.

Subamplia 2. Vt idem sit in donatione hæreditatis, quæ eiusdem cum donatione omnium bonorum, futurorum & præsentium effectus est, *Bald. dict. l. stipulatio hoc modo. numer. 2.* (vbi ille hoc limitat in milite,) *Bologn. num. 121. 122. Zas. num. 52.*

Subamplia 3. Nam sicut mihi auferre non possum liberam testandi facultatem, donando omnia bona, futura & præsentia: ita nec præstando consensum *t* alteri, vt de rebus meis testetur. *Pec. de testam. coniug. lib. 1. cap. 43. num. 8.*

t Aliud si præstem consensum, vt de tertia parte bonorum testetur. Id enim fieri potest, vt supr. in materia captatoriæ voluntatis dictum est, & notat Pecc. in loco hic relato.

Subamplia 4. & 5. Vt per *Bologn. num. 144. 146.* u

u Ampliatio 4. est in pia causa. Ampliatio 5. quod talis donatio in totum annulletur.

Infer 11. Ad materiam pacti acquisitiui. Nam si illud vt pactum valeret, libertas testandi excluderetur, x *dict. l. pactum quod dotali. 15. C. de pactis. l. pactum. 3. C. collat. l. hæreditas 5. C. pact. conuent. d. l. stipulatio hoc modo. l. si quis. in princ. infr. legat. 3.* quæ delaratur per *DD. locis præcitatis. & maxime per Ias. & Dec. in d. l. pactum quod dotali.* vbi hanc sententiam 10. modis ampliat, & sex modis restringit *Bologn. in dict. l. stipulatio hoc modo, maxime numer. 20. & seqq. Guilh. Benedict. repet. cap. Raynutius. 1. part. verb. duas habens filias. nu. 191. cum seqq. Natta cap. quamuis p. 2. num. 92. de pact. in 6. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 18. num. 191. cum seqq. Graff. §. success. ab intest. q. 9.*

x De ratione decidendi vide notata supra *num. 85.*

Ampliationes autem atque limitationes DD. strictim percurremus, pauca quædam eademque necessaria addituri.

Primo ergo *Dec. in d. l. pactum quod dotali. num. 3. & ibi apostillæ*, ampliat 100
hanc doctrinam, vt idem sit, iuramento accedente. Idem ibi docuit *Ias. num. 2. Bolognet. d. l. stipulatio hoc modo. num. 48. & late num. 78. vsque 81. latissime Tiraquel. de iure primigen. quæst. 16. numer. 18. luculentissime Cacher. decis. 190. num. 11. vsque 15. & num. 31. vsque 45. Guilh. Benedict. repet. cap. Raynutius. 1. part.*

verb.

verb.duas habens filias.num.193.194.195. Dd.in cap.quamuis.ibi Franc.num.6.Gemin.num.8. Natta p.2.nu.99.de pact.in 6. Pec.lib.1.de testam.coniug. cap.8.num.1. Gail.obseru.pract.libr.2.obser.125.num.2. Graff.§.successio ab intestato q 9. num.7: Et hanc sententiam communem *Cacheran.loco practat.num.31.* magis communem & receptiorem *Guilh Bened. d.num.194.* veram & communem dicit *Vasqu. de success. creat. dict.§.18. num.197. & Graff loco practato.* Quum y enim milites ne ex priuilegio quidem suo, & iuramento accedente, facere possint, quo pactum vt pactum valeat: *Bolognet. dict. l. fin. num.32. C. de pactis.* sed hoc solummodo beneficii habeant, vt eiusmodi dispositio in vim vltimæ Voluntatis sustineatur: sequitur, aliorum pacta successoria iure communi nullo modo neque vt pacta, neque vt vltimas Voluntates valitura.

y Fauore militis pactum transgreditur ad speciem vltimæ voluntatis, *Philipp. Franc.c.quamuis.n.6. de pact.in 6.*

Quod pactum non valeat, constat. Sed an talis periurus sit, id ab iis petendum, quæ dixi.

Secunda ampliatio Decii continet materiam *dict.l.stipulatio hoc modo.* Quod conuentio de succedendo non modo nonnullarum virium sit, si pactum tantum accedat: verum etiam si illi stipulatio adhibeatur. Nil habet nota dignum hæc ampliatio. Si enim iuramentum non facit, vt talis conuentio consistat, multo minus id stipulatio efficiet.

101 Tertio ampliat *Dec. dict. l. pactum. num.4.* vt idem sit in filia paciscente, quæ ab intestato patri erat successura, vt text. ibi probat: addit tamen pactum illud valiturum, respectu legitimæ. Quod & cæteri probant *in d. l. stipulatio hoc modo. ibi Bolognet.num.26. & num.172.*

Sic argumentatur Decius, & cum eo alii.

Cessante finali dispositione prohibitionis, cessat prohibitio. Sed in pacto successionis acquisitiuo inter patrem & filiam super legitima inito cessat ratio prohibitionis.

Ergo cessat prohibitio.

Minorem probat. Nam ideo, inquit, prohibetur pactum: quia impedit testandi libertatem. At circa legitimam pater non habet dispositionis libertatẽ: Quia cogitur legitimam filiæ volens nolens relinquere. Ergo circa legitimam nulla ipsius libertas impediri non potest. Omnis enim priuatio præsupponit habitum. Vbi non est libertas dispositionis, ibi non potest cadere priuatio, id est, impedimentum illius libertatis.

Ego arbitror, hanc interpretum doctrinam inutilem esse.

Aut enim pater decedit ab intestato, & filia vna succedit, nil obstante pacto, nisi renunciarit cum iuramento.

Aut facit testamentum, & ociosum est pactum: quum pater filiæ suam portionem non via pacti, sed honorabili titulo institutionis relinquere cogatur, alioquin filia testamentum euertere potest.

Imo & in testamento paterno institutio desideratur. Quæ sententia licet valde controuersa sit: attamen communis est, *VVesenb.conf.90. num.10.11.12. Couar.c.Raynutius. §.1.num.2.& 3.extr.testam. Gail.obseru.pract.lib.2.obser.112 num.9.vers.quinto amplia.* nisi forte pater æqualitatem inter liberos seruet, & neminem instituat, *Vasq de success.creat.lib.2. §.20. part.4.num.264. limitat.5. Couarr.d.§.1.num.3.*

Sed demus, neminem ex liberis in testamento paterno institutum: At certe illi hæredes forent, & ius accrescendi haberent, à quo filia excluderetur, si ei legitima pacto dari possit. Cogitur ergo pater æqualitatem obseruare, quo ad titulos in omnem euentum. Omnino autem necesse est, vt dispositio patris valeat, vt testamentum nuncupatiuum, aut in scriptis, aut vt codicillus. Quod si hoc non fit, dispositio valet, vt diuisio, & successio fit ab intestato, *Vasq.de success.creat libr.2.§.18.num.291. Cuiac.in Nouell.18. vers. quarta pars. & Nouell.107. Hartm.Pistor.lib.1.quæst.2.*

Quarta ampliatio Decii *num.5.* nil habet, quod sit nota dignum, deducitur ex illo textu.

Quinta ampliatio etiam dependet ex textu. Ampliat enim *num. 6. & 7.* regulam

procedere etiam in contractu dotis. Quod scilicet ne quidem fauore dotis & matrimonii pactum successiuum sustineatur. Sic enim textus dixit: Pactum quod dotali instrumento comprehensum est, vt, si pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, quæ nubebat, cum fratre hæres patri suo esset, neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.

Magnus est matrimonii fauor, sed talis & tantus non est, vt iura propterea à regulis testamentariis recesserint: quarum duæ sunt: Quod pactis hæreditas non detur. Vnde altera sequitur: Quod pactum inter paganos in vim vltimarum voluntatum non sustineatur.

In hac tamen materia distinguendum, ne impingamus. Nam aut pactum fit inter socerum & generum. Quæ est materia *d.l. pactum quod dotali.* quam bis in difficilib. causis in facti contingentia habui: & extat clara decisio ibi, ad quam adde *VVesenb.cons.63. num.8.9.*

Aut pactum fit inter sponsos. Subdistingue: Nam aut illud pactum concernit liberos nascituros, puta, vt primogenitus in certa re præ aliis succedat: Quem casum luculente pertractat *Tiraquell de iure primigen.quæst.6. per tot.* aut pactum concernit coniugum successionem, & decisio extat *in l. hæreditas.5. C. pact.conuent.* Quod talia pacta non valeant. Consuetudo tamen Germaniæ, & constitutio Electoratus Saxoniæ talia pacta, cæteris paribus, id est, concurrentibus solennibus, in vim vltimarum voluntatum, sustinent. Dixi supra fallentia *3.limit 3. versi.nam et si pleriq. num.86.* videatur *Molin. cons.20. num.11. Mynsinger.obseruat 33.cent.3. Andr.Gail.obseru.pract.libr.2.obseru.125.num.5. VVesenbec.cons.63.num.8.9. & cons.71.num.26.39. Et textus in constitutione Elect.Saxon. Anno 72.edita.part.2.cap.43.*

Quare Decii ampliatio indistincte accepta, hodie non est tuta. Qui plura de materia huius ampliationis videre cupit, ille consulat *DD. in d.l. stipulatio hoc modo. ibi Alex. & Zas.num.49.50. Pec.de testament.coniug.libr.1.c.8.num.1.2.3. Graff. §. successio ab intestato. quæst.9.num.4. ibi notanter limitat. & vers.sed aduersa.* Contrarium dicit de consuetudine Germaniæ seruari.

Sexto extendit *Dec.ibi num.7.* vt non valeat tale pactum etiam per indirectum per modum conditionis, *dict.l.stipulatio hoc modo.* Quod enim via vna directo scilicet & per dispositionem prohibetur alicui: ad id alia per conditionem, pœnam aut indirecto non debet admitti, *c. cum quid.84. de reg.iur.in 6.l.Seius & Augerius.27.infr.ad l.Falcid. DD. d.l.stipulatio hoc modo. ibi Ias.num.3. Zas.num.48. Bologn.num.29.62.*

Septimo ampliat *Dec.* præcitatam regulam, vt ex tali pacto non oriatur naturalis obligatio, *d.l.hæreditas.5.C.pact.conuent.* 102

Textus est clarissimus. Intelligis, inquit, textus ibi, te nulla actione conuenire posse hæredes, seu successores eius, vt tibi restituantur, quæ nullo iure debentur. Nullo modo, id est, neque naturaliter, neque ciuiliter. Qui enim vniuersaliter loquitur, & omne dicit, is nihil excludit.

Quum prorsus inutile sit, *Bologn. d. l.stipulatio hoc modo. num.46.49.56.ibi Donell.num.34.35.Tiraquell.de iur primigen.quæst.6.num.20. Cacheran.dict.decis. 100.num.17.18.& 42.Vasq.de success creat.lib.2.§.18.num.231.* Quam tamen ampliationem notabiliter declarat *VVesenbec. cons.71.num.41.*

Circa ampliationem 8. nil habeo, quod addam. Ibi ampliatio est, quod ne per viam quidem laudis & compromissi talis testandi libertas impediri possit.

Ampliatio quoque 9. Decii sufficienter declaratur ab ipso *in consil.184.per tot.* Non valet pactum parentum, inquit, de non auantagiando filios masculos vltra fœminas, id est, non valet pactum parentum, dum promittunt parentes, quod nolint melius facere masculis quam fœminis. Nam tale pactum est in effectu pactum de succedendo: Quod verum, si hoc pactum referatur ad vltimam voluntatem: quod scilicet in vltima voluntate non velint melius facere filiis quam filiabus, sed æqualitem seruare: & tunc ne iuramento quidem firmatur: Aliud, si referatur ad contractum quendam inter viuos, non attingentem liberam testandi facultatem. Ita declarat *Dec.ibi.*

Huic

Huic pacto illud simile est, quod in Ducatu Brunsuicensi, & in ciuitate Brunonisuico creberrime vsurpatur: quod filia dotem accipiens, non debeat exclusa esse per dotem à bonis parentum: Die Tochter soll dadurch von jhres Vatters Güttern nicht abgescheiden seyn. Multi iis pactis fidunt, qui postea testamentis excluduntur.

Ita ampliatio quoque 10. nil obscuritatis habet. Si alicuius filiam duxero, z ea spe & pacto illectus, quod eam instituere velit: & ipse postea hoc non faciat: nullam actionem habebo. Hæc est decisio Baldi *in l. cum Archimedoram. num. 12. C. vt in poss. leg.* Ratio decidendi est aperta: quod pacta successionis acquisitiua non valeant, *argum. l. pactum. 15. C. de pact. cum concord.*

z Distinguendum inter pactum de instituendo, & inter pactum inter viuos *Alber. Roz. l fin. nu. 6. C. de pact. ibi Cast. nu. 9 luculente de hac materia differit Alber. Brun. consil. feud 135. per tot. maxime in vers. & moueor.*

Sed quæritur: an non is miser socius, qui ita turpiter est deceptus, ad interesse agere queat? Bald. dicit, quod non, *loco præcitato*, addens, stultum esse, qui sic contrahat. Idem dicit *in d. l. pactum.* Ratio: quia interesse præsupponit obligationem. At ex talibus pactis nulla, neque naturalis, neque ciuilis obligatio nascitur, per prædicta. Dec. quidem aliquid disputat *loco præcitato.* Sed Postilla ibi, veram esse Baldi sententiam, pronunciat. Addit tamen postilla ibi, si hac ratione quis inductus est ad ducendam indotatam, vel incongrua dote, posse eum agere contra decipientem, vel eius hæredem, ad dotem, vel dotis congruæ supplementum, etsi ille deceptor alias non tenebatur dotare. Allegat *in arg text. l. si quis affirmauerit. supra dolo.* vbi mendax propter mendacium suum actione doli tenetur.

Ego, licet neminem inueniam, qui hæc tetigerit, arbitror, additionem illam ad Decium veram non esse. Ad hoc produco textum *l. cum donationis. 34. C. transact.* ibi casus talis est: frater administrauerat tutelam fratrum impuberum: illi maiores facti, actionem tutelæ contra fratrem suum proponere volebant, vt tutelæ administratæ nomine rationem redderet, &c. & reliqua inferret. Sed causa transacta est. Fratres remiserunt fratri suo actionem tutelæ. Et ille promisit: quod suam hæreditatem illis esset relicturus: postea alios instituit hæredes. Illi fratres ad Impp. cucurrerunt: & de fratris dolo conquesti sunt: quod ipsius mendaciis inducti fuissent, vt suam actionem tutelæ remitterent.

Respondent Impp. 1. frustra illos de dolo queri: 2. nec ad implendum promissum hæreditatis quenquam pollicitatione adstringi. Non tantum dicunt Impp. pactum esse inutile: sed addunt hoc notanter: illos frustra de dolo queri, Quod bene obseruandum. Posset enim aliquis excipere: Fateor, quod pactum inutile sit, neq; hoc negat additio ad Decium. Sed hoc quæritur: An non saltem ratione doli, remedium aliquod decepto competat contra decipientem. Nam hoc quoq; quæsitum clare textus decidit. Frustra (inquiunt Impp.) de dolo querimini, id est, nulla doli actio, nulla doli obligatio locum obtinet, funditus nulla omnia sunt. Aut enim illi remittentes sciuerunt pactum de succedendo esse inutile, & non decepti sunt: sed ipsi seipsos deceperunt. Aut ignorarunt, & ne hoc quidem illos iuuat: Quia scire debuerunt propter huiusmodi pollicitationem neminem obstringi. Ita *Donell. ibi num. 5.*

Hoc tamen verum est, si is mendax promissor ad dotandum tenebatur, & hoc modo aliquem decipere voluerit, vt dotis, vel congruæ dotis donationem euaderet, eum omnino conueniri posse. Aut enim est tertius, non parens: & indistincte tenetur, siue dotem nullam dederit, siue incongruam dederit. Aut est pater, & si nullam dotem dederit, non potest testari, nisi filiam instituat: Aut dedit dotem, sed incongruam: & voluit ita generum decipere: tum recte aget contra illum ad dotis supplementum, etiamsi in eo, quod accepit, institutus sit: quum dos legitimæ succedat. Hæc enim actio non ex pacto inutili, sed ex alio fundamento deducitur. Cæterum, si tertius ille non teneretur dotare, prorsus dico, sententiam apostillæ Decianæ falsam esse.

Non obstat text. *d. l. si quis affirmauerit.* Quia is limitatur, vt non procedat, vbi affirmatio nullarum de iure virium est, vt est in materia pacti successiui, per clarum textum *d. l. cum donationis.* vbi dixerunt Impp. frustra de dolo querimini, id est, actio doli cessat: quum pactum prorsus inutile sit, nullam obligationem de se producens.

Et notandum materiam huius fallentiæ multum differre in facto à materia *d. l. pactum quod dotali.* Nam *in l. pactum quod dotali instrumento.* insertum fuit pactum, vt eius vigore successio fieret. At Bald. loquitur in ea facti specie, vbi te decipio, vt aliquam ducas, ea pollicitatione facta, quod testamentum condere, & illam hæredem instituere velim.

Hæ sunt ampliationes Decii, si cum iis coniungantur, quæ *Bologn. in d. l. stipulatio hoc modo. nu. 20. vsq. 28.* tradit, præcipuas regulæ propositæ extensiones habemus.

Vltra Decium XI. Hæc sententia ampliatur, vt paciscens non ligetur spe premii, *l. cum donationis. 34. ibi DD. C. transact. DD. in d. l. stipulatio hoc modo. ibi Ias. num. 3. Zas. num. 9. Bolog. num. 31.* 103

Amplia XII. Vt pactum hoc turpe sit ab vtraque parte, stipulantis scilicet & promittentis: quod sentire videtur *glos. d. l. cum donationis. verb. adstringitur. & ita tenet Ias. dict. leg. stipulatio hoc modo. numer. 10.* Verum rectius sensere *Couarr. ad rubr. de testam. part. 2. num. 4. Vasqu. de success. creat. lib. 2. §. 18. num. 292.*

Dixi supra: Ratio decidendi est duplex: cur pacta acquisitiua non tenent: 1. Quod pactis non detur hæreditas: 2. Quod sint contra bonos mores. Contra bonos mores sunt: quod stipulator viuentis adhuc captet hæreditatem: & quantum in se est, testandi libertatem constringere cupit. Nullo autem iure relatum est, quod turpe sit, quem sibi ipsi præripere testandi facultatem.

Amplia XIII. Vt idem sit in pacto renunciatiuo. Nam ne illud quidem tenet, *l. pactum. 3. ibi DD. & Alphan. in report. numer. 465. Delrio in remission. pag. 205. C. de collat. cap. quamuis. 2. ibi DD. de pact. in 6.* Ad quam materiam vltra ea, quæ supra circa principium dicta sunt, addatur *Dec. in cap. causam matrimonii. num. 5. de offic. deleg. Bologn. in d. l. stipulat. hoc modo. num. 81. vsque 109 Guilh. Benedict. repet. c. Raynutius. part. 1. verb. duas habens filias. nu. 237. cum seqq. Couar. ad d. cap. quamuis. 3. part. relect. §. 4. de pact. in 6. Matth. de Afflict. decis. 322. numer. 11. Dilect. de arte testandi tit. 3. caut. 3. Mynsing. obser. 7. cent. 2. Tiraquel. de iure primigen. quæst. 7. num. 4. q. 29. num. 1. & 9. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 18. num. 1. vsque ad num. 191. vbi multis modis ampliat & limitat. §. 19. num. 12. Idem de success. resolut. lib. 3. ad l. si quando. §. illud. num. 17. cum multis seqq. C. inoff. testam: Gabr. Rom. lib. 3. comm. conclus. tit. iure dot. conclus. 1. Porc. conclus. 32. lib. 4. Duenn. reg. 130. cap. quamuis. Barth. Socin. reg. 194. filia renuncians. Graff. §. successio ab intestato. quæst. 10. num. 15. Corn. cons. 291. num. 8. lib. 4. Dec. cons. 203. num. 6. Marian. Socin. Iun. cons. 20. num. 31. lib. 4. Paris. cons. 26. num. 15. 23. 54. 59. 69. lib. 3. Crot. cons. 120. num. 1. 3. 29. 36. 37. Alciat. cons. 1. nu. 17. 18. cons. 2. num. 4. lib. 8. Crauet. cons. 52. num. 1. Cephal. cons. 34. num. 5. 15. 20. 28. 31. cons. 62. num. 15. 16. cons. 137. num. 71. cons. 142. num. 24. 25. cons. 146. num. 4. cons. 378. per tot. cons. 405. num. 13. 22. 35. 46. 53. cons. 467. num. 31. cons. 592. Menoch. cons. 1. num. 495. lib. 1. Hotoman. cons. 7. cons. 9. cons. 68. num. 5.* 104

Amplia XIV. Vt idem sit in pacto dispositiuo. Nam illud aut non valet, aut si valeat, quia is, de cuius hæreditate agitur, paciscentibus consensum accommodarit: id tamen nihil obstat, quo minus ille pro arbitrio testetur. Quæ est materia *d. l. ex eo. 4. C. inutil. stipulation. l. fin. ibi DD. ordinarie. late Bologn. qui ad hanc regulam 16. ampliationes* a *& 11. limitationes ibi num. 27. vsque ad 53. adducit. & Alphan. in reportatis num. 93. Delrio. in remiss. fol. 178. C. de pactis. Bologn. in l. stipulatio hoc modo. num. 8. infr. verb. obligat. Guilh. Bened. loco præcit. num. 235. cum seqq. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 18. nu. 270. cum seqq. Tiraq. de iure primigen. q. 6. q. 7. q. 8. num. 2. q. 33. num. 15. Strach. de sponsor. 4. part. num. 9. Socin. reg. 344. pactum de hæreditate. Forcat. dialog. 55. num. 4. Racha in sua praxi. cap. 18. num. 11. & seqq. Berous. cons. 30. num. 32. lib. 3. Rolan. à Vall. cons. 47. num. 55. & cons. 97. num. 17. lib. 1. Cephal. cons. 146. num. 8. cons. 332. num. 35. 36. 52. cons. 605. per tot. Modest. Pistor. cons. 8. (est consilium Schurffii) num. 12. & 14. lib. 1.* Et quia commentarius meus ad *l. fin. C. de pact.* iam exstat, illum pro ampliori ornamento huius materiæ huc repetitum volo.

a Exemplaria sunt corrupta, legunt tantum 15. ampliationes, cum sint 16.

Amplia

105 Amplia XV. Vt idem ſit in pacto conſeruatiuo, puta, ſi ſtatuto cautum ſit, vt filiæ dotatæ excludantur, extantibus filiis: Et filia cum patre paciſcatur, quod poſſit ſuccedere ab inteſtato. Nam pacto nihil quicquam obſtante, non modo pater pro arbitrio teſtari poteſt: quod expeditum eſt: ſed etiam ſi ſine teſtamento decedat, filia excludetur à ſucceſſione ab inteſtato. Et hanc ſibi videri non modo communem, ſed & veriorem ſententiam, dicit *Bologn. d.l.fin.num.93.& num.101. verſ.ſed ego puto.*

Pactum conſeruatiuum eſt, quo hæreditas alicui iure communi debita, ſed ob delictum præteritum, aut ſtatuti rigorem auferenda, ita reſeruatur, vt nihil quidem ſtatuti rigor, aut delictum ſucceſſioni obſtet: illi tamen, de cuius bonis agitur, integrum ſit, pro arbitrio de bonis ſuis teſtari. Definitionem tradit *Bologn. dict. leg. fin. numer. 92.* Hæc autem, quam propono, definitio non eſt, ſed qualis qualis deſcriptio, vt quid pactum conſeruatiuum ſit, intelligatur,

Requiritur ad hoc pactum 1. vt debeatur hæreditas iure Communi: 2. requiritur, vt reſeruatio fiat tantum contra delictum, aut ſtatuti rigorem, non contra libertatem teſtandi: Vnde 3. requiſitum ſequitur, quod illi, cum quo alius paciſcitur, integrum maneat de bonis ſuis teſtari, non obſtante pacto, vt etiam contingit *in l.fin.C. de pactis.*

Hæc bene notanda. Nam maxima differentia eſt inter pactum, per quod reſeruatur ſucceſſio contra ſtatutum aut delictum, & inter materiam *l. pactum quod dotali. C. pactis.*

DD. ita ratiocinantur, ſi filia non excluſa, non reſeruat ſibi per actum ſucceſſionem *per d.l. pactum quod dotali.* multo minus hoc facere poteſt excluſa. Ita *Bologn.d.l.fin.nu.101.* Ita illi confundunt materiam *d.l. pactum quod dotali.* & totam fere materiam pacti acquiſitiui cum pacto conſeruatiuo. Ego dico, hæc bene diſtinguenda. In materia *l. pactum quod dotali.* reſeruatio aut conſeruatio fit, (ſi ita loqui volumus,) contra teſtamentum & libertatem teſtamenti. Nulli ergo mirum videri debet, quod pactum non valeat. At in materia pacti conſeruatiui conſeruatio & reſeruatio fit, non contra teſtamentum, aut teſtamenti libertatem: ſed paciſcenti integrum eſt, vt teſtamentum pro arbitrio ſuo condat: ſed tantum fit conſeruatio contra rigorem ſtatuti, aut contra admiſſum delictum, ne id noceat. Illud obſtaculum ſtatuti & delicti remouetur: libertas teſtamentorum non attingitur. Pactum tale neque tollit libertatem teſtandi, neque tribuit ius ſuccedendi: Notentur hæc: ſed tantum remouet obſtaculum, quod ſucceſſioni de iure competenti obſtabat.

Tum (1) per *dict.l.pactum.15. C.de pactis.* vbi filia non excluſa ſucceſſionem ſibi conſeruare non poteſt: Vt proinde multo minus pactum filiæ excluſæ in conſiderationem venire debeat. *Bologn. dict. l. fin. num. 101.* Sed ille perperam ſic à diſparatis ratiocinatur: Quum *in d.l.pactum.* pactum ad libertatem teſtandi conſtringendam ſpectet: & cum libertate teſtandi pugnet: At pactum, quo contra ſtatuti rigorem ſucceſſio conſeruatur, neque libertatem teſtandi impedit, vt omnes vno ore *in d.l.fin.* profeſſi ſunt: neque ſucceſſionem tribuit, ſed impedimentum tantum ſucceſſioni obſtans, remouet, *Alciat d.l.fin.num.55.56. Vaſq.de ſucceſſ.creat.lib.2.§.18.nu.286. cum ſeqq.& de ſucceſſ.reſolut.lib.3.ad l.ſi quando.§.illud.num.30.C.inoff.teſtam.*

Duæ rationes ſunt, cur pacta ſucceſſiua improbentur. Nam tertia illa ratio, votum captandæ mortis alienæ pertinet ad materiam *l.fin.C.pactis.* I. Quod pactis hæreditas non detur: II. Quod paciſcens libertatem teſtandi conſtringere pacto cupiat. Omnes hæ rationes in pacto conſeruatiuo ceſſant. Nam hoc pacto non defertur, aut datur aliqua ſucceſſio, neque hoc inter partes agitur. Sed eo pactum ſpectat, vt impedimentum tantum, quod iuris communis ſucceſſioni obſtat, tollatur. Deinde filia ita paciſcens, non conſtringit teſtandi libertatem: Quia patri nihilominus integrum eſt, vt pro arbitrio teſtetur. Retineo autem hoc exemplum de filia, à ſtatuto excluſa, vt tanto melius res explicetur. DD noſtri etiam alia exempla proponunt, puta de filio, qui ita ſe geſſit, vt à patre exhæredari poſſit. Nam & hic pacto ſibi ſucceſſionem reſeruat, vel conſeruat.

Tum

Tum (2) quod pactum conseruatiuum successionis, extante statuto filiarum exclusiuo, sit in effectu dispositiuum successionis & de succedendo, b *Bologn.d.l.fin.num.101. versic.sed ego puto.* 106

Tum (3) *per dict. l. si fratres. 53. §.idem respondi.supr.pro socio.* Ex quo textu, iuncta glossa, patet, licet quis possit testamento sibi hæredem etiam extraneum statuere: quod tamen facere nequeat, vt aut ab intestato succedatur vigore pacti, aut propter pactum ab intestato aliter succedatur, quam disponat lex, *Bologn.d.l.fin.num.93.*

b Hoc argumentum plane negari potest. Nam, vt omittam rationes, ob quas pactū acquisitiuum prohibetur, omnino cessare) pacto conseruatiuo tātum rigor statuti remouetur, & omnia ad ius cōmune reducūtur, quo patri liberum est, vt pro arbitrio testetur. At pacti acquisitiui natura est, vt directo cum testandi libertate pugnet, & eam constringat.

Duplex argumentum *ex textu d.l.* producit *Bologn.* I. Per pactum fieri non posse, vt succedatur ab intestato. Respondeo: pactum successionem ab intestato non tribuit, id est, iure non competentem. Ita loquitur *d. §. idem respondi.* Deinde pactum conseruatiuum proprie non tribuit successionem, sed obstaculum successionis remouet, & omnia ad ius Commune reducit. II. Sic concludit, pacto fieri nequit, vt ab intestato aliter succedatur, quam disponat lex. Videamus verba textus: Idem respondi, societatem non posse vltra mortem porrigi: & ideo nec libertatem de supremis iudiciis constringere quis poterit, vel cognatum vlteriorem proximioribus præferre. Casus ibi talis est: Aliquis vult societatem post mortem suam extendi: At societas est contractus, qui consensu inducitur. Necesse ergo est, vt is, qui tale aliquid facere vult, talem socium loco suo proponat, quem alter socius probet, & in quem consentiat. Modo fac, alterum illum velle, vt frater succedat in societate: Ego illius societatem non probo, neque volo alias in societate permanere, nisi patruus in societate tibi succedat: quem iudico esse virum probum & industrium. Tu consentis. Quid inde consequitur. Duo maxima absurda ex hoc pacto sequuntur: 1. Per pactum hoc tacite statuitur successor: quum hæreditas pactis non detur. 2. restringitur facultas testandi. Et sic in hoc pacto omnes rationes prohibitiuæ pactorum concurrunt. Videmus ergo quam male *Bologn.* pactum acquisitiuum cum conseruatiuo confundat. In conseruatiuo enim omnes hæ rationes prohibitiuæ cessant: 1. neq; datur successio tali pacto: 2. nec prohibetur libertas testandi. Ad argumentum autem plana est responsio: pacto fieri non potest, vt aliter succedatur ab intestato, quam disponit lex, id est, communis. Ita loquitur *d. § idem respondi.* At nil tale pactum conseruatiuum facit. Eo enim non tribuitur successio: tantum abest, vt tribuatur successio aliter quam lex disponat. Quin potius hoc pactum omnia ad ius commune reducit.

Verum ne hoc quidem argumentum ad rem pertinet: quum in casu *dict. §. idem respondi.* hoc agatur, vt & pacto priuatorum ius succedendi ab intestato de nouo tribuatur: aliterque succedatur, quam ius commune disponit: quodque huius consectarium est, testandi libertas constringatur. At pactum conseruatiuum neque ius succedendi nouum tribuit: quum obstaculum tantum successionis remoueat: neque facit, vt aliter succedatur, quam iure communi dispositum est: sed potius ad ius Commune successiones reducit, & testandi libertatem haudquaquam constringit. Videantur *Bard. Bald. & cæteri in d. §. idem respondi. ibi Mudæus, Paris cons. 26. num. 110. lib. 2.* Vt interim omittam, pacto renunciatiuo iurato in hæreditate parentum, & non iurato in filiorum hæreditatibus ius successionis intestamentariæ mutari posse, *l. 1. §. parens. inf. si quis à par. manumis. fuer.* Pro cuius textus sensu videatur *Bolog. ad. d. l. stipulatio hoc modo. n. 106. 107. Idem in d. l. fin. num. 110. C. de pact. Vasq. de success. resolut. lib 3 ad l. si quando. §. illud, n. 15. & 93. C. inoff. testam. Vacon. lib. 5. declarat. 76 Couarr. c. quamuis. part. 3 §. 4. nu. 10. de pact. in 6. Bodin. de republ. lib. 1. cap. 4. (mihi fol. 25.)*

Tum (4) quod certus quidam modus, quo consanguineis præiudicetur, faciendi scilicet testamenti, testatori a lege indultus, hoc autem minime permissum sit, vt alia ratione quam per vltimam Voluntatem ius successionis intestamentariæ tollatur, *Bolog. d. l. fin. n. 93. & n. 101. vers. sed ego.* 107

At ne

At ne hoc quidem argumentum satis firmum est. Nam hodie vniuersali consuetudine certum genus hæredum introductum, & conuentionibus quoque ius succedendi in testamentarium mutatur, vt supra dixi.

Quinimo excluso hoc succedendi genere conuentionali, responderi potest: Etsi pacta acquisitiua successionum, ne quidem inter liberos subsistant: quum ad libertatem testandi constringendam spectent: Non tamen propterea alia omnia pacta, in quibus hæc ratio cessat, inter parentes & liberos esse prohibita, quin potius facile admittuntur: Ita intelligendus *Bart. in l. tale pactum. §. fin. num. 3. supr. pact. Alex. in d. l. pactum quod dotali. ibi refert Dec. num. 12. vers. tertio limitatur. Cuius doctrinam communem dicunt Bologn. d. l. fin. num. 101. vers. nec obstat. Vasq. dict. §. 18. num. 291. Grass. dict. §. successio ab intestato. quæst. 15. num. 5.*

Tum (5) quod pater dando filium in adoptionem, non possit seruare sibi ius in succedendo, vti nec filius hoc facere poterat de hæreditate patris, *l. quum in adoptiuis. 10. C. adopt. Bolog. d. l. fin. n. 93. n. 101. vers. sed ego. Vbi ad hoc etiam adducit §. emancipatos. Instit. exhæred. liber. §. emancipati. Instit. hæred. quæ ab intest. defer. §. præterea emancipatione. Institut. quibus modis ius patr. pot. soluit.*

Verum ne hæc quidem ratio ad propositum facit. Nam *dict. l. cum adoptiuis.* hoc solum quærit, an filius in adoptionem datus, contra naturalis patris testamentum, à quo præteritus est, de inofficioso actionem habeat. Quam quæstionem ibi Imperator Iustinianus, diuisione proposita, decidit: de iure autem conseruandæ successionis ibi, aut in aliis iuribus nullum verbum extat: Vt proinde succedat elegans iuris theorica, Quod lex non disponat, nisi de eo, de quo in ea quæritur & dubitatur: cætera vero vel idonea præsupponat, vel in cæteris legibus relinquat. *Ita post alios docet Molin. ad l. vnic. quæst. 10. nu. 285. C. sent. quæ pro eo quod int. profer.*

Et vt maxime concederemus, ea in facti specie, vbi non extraneo quis in adoptionem datur: & proinde is solus, quo ad iuris effectus, pater intelligitur, in cuius persona & naturalia atque adoptionis iura concurrunt, pacto conseruatiuo locum non esse: quum vt per naturam quis duos patres habere non potest: ita ne quidem fictio & ars idem admittere queat: Inde tamen haudquaquam consequeretur ad alios casus, vbi non eadem ratio militat, decisionem *dict. l. cum in adoptiuis.* producendam fore.

Quinimo Bologneto disertus textus §. *fin. Instit. legit. agnat. success.* obstat, vbi ad legitimam successionem parens vocatur, qui contracta fiducia, filium vel filiam emancipat: Vt proinde ius, quod emancipatione soluitur, pactione retineatur, & conseruetur. Videantur *DD. & ibi Delrio in remiss. pag. 245. DD. in dict. l. fin. ibi ipsemet Bolog. num. 93. Donell. num. 4. Paul. de Castr. cons. 288. num. 2. 3. lib. 2. Alciat. libr. 3.* [illegible] *cap. fin. Tiraqu. de iure primigen. cap. 34. Vasq. de success. creat. lib. 2. d. §. 18. num. 287. cum seq. & de success. resolut. lib. 3. ad d. l. si quando. §. illud. num. 30. C. inoffic. testam.*

108 Tum (6) quod necessario lege cautum fuerit, filium, qui efficitur sui iuris, per priuilegium retinere iura suorum hæredum: §. *illud.* c *in Auth. constit. quæ de dignit. Bolog. dict. leg. fin. num. 93. & num. 101. vers. sed ego.*

prope

c Ibi tollitur ius patriæ potestatis, id est, quo ad onera, & conseruatur quo ad commoda. Inde ille infert.

I. Quod conseruetur necessario, id est, quo ad commoda: Alioquin enim in vniuersum tolleretur.

II. Quod conseruetur necessario per legem, ita quod pacto aut alia ratione conseruari non potuerit. Neutrum horum ex textu sequitur.

prope fin. At probabiliter negari potest, iure Authenticorum necessario filio, in casu *d.* §. *illud.* iura suitatis fuisse reseruata. Quum enim patricii, consules, pontifices & alii à Iustiniano nostro patria potestate fauorabiliter ibi soluti sint: Consequens ergo est, vt, quod fauore ipsorum introduxit, id in odium eorum redundare non debuerit, etiamsi id Imperator ibi non expressisset. At emancipatione aliter facta, iura quidem agnationis soluuntur, nisi ea reseruata sint, per prædicta.

Quinimo etsi largiamur prouisionem Iustiniani *in d.* §. *illud.* plane necessariam fuisse: Eam tamen necessitatem haudquaquam sic accipiemus, quasi nulla alia ratione iura filiationis conseruari potuissent: id enim textui *d.* §. *fin.* repugnaret: sed is potius sensus erit: quod posita causa, necessario effectus iuris sequatur, nisi aliter prouideatur.

Ex quibus præcitata sententia dubia redditur.

Contrarium ergo, quod pactum successionis conseruatiuum valeat, 109
tenet *Bart. & DD. in d. l. fin. ibi Fr. Curt. numer. 29. cum mult. seqq. late Cagnol. numer. 80. cum mult. seqq. Matth. de Afflict. in cap. si. quis inuestierit. numer. 7. cum seqq. de feud. dat. in vicem l. commiss. Guilh. Bened. dict. cap. Raynutius. part. 1. verb. duas habens filias. numer. 218. vsque 235.* Quam sententiam rectius communem dicunt *Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 18. numer. 287. & part. 3. lib. 3. ad l. si quando. §. illud. numer. 30. C. inoffic. testam. & plures relati per Grassum, §. successio ab intestato. q. 15. numer. 1.* Et hæc verior est *per text. dict. §. fin. Instit. de legit. agnat. success.*

Verum communis hæc DD. assertio sic explicanda est, vt pactum conseruatiuum successionis valeat, non quod pacto vt pacto successio deferatur: quod fieri nulla ratione potest: sed quod impedimentum potius, successioni obstans, ita remoueatur: vt causa successionis ad iuris communis terminos reducta, paciscenti semper liberum sit: testatusne an intestatus decedere velit. *Ita Alciat. dict. leg. fin. numer. 55. 56. Vasq. dict. §. 18. numer. 287. & seq. & dict. part. 3. lib. 3. ad dict. l. si quando. § illud. num. 30.* Qui aliorum quoque interpretum sensus fuit.

Hæc sententia tot modis ampliata, sex modis limitatur *per Decium in d. l.* 110
pactum quod dotali. n. 11. 12. Natta dict. cap. quamuis. part. 2. n. 92. de pact. in 6.

Nil opus est, vt illas limitationes ex integro repetam. Eas enim aut iam explicui, aut si quæ restant, illorum intelligentia ex iam dictis elucet. Ergo pleraque tantum referam tribus verbis, quæ ibi *Dec.* dicit, & postea meas restrictiones addam.

I. Limitat *Dec.* nisi pactum à statuto, vel consuetudine approbatum sit. Dictum est satis hac de re.

II. Limitat in pacto de succedendo in hæreditate vniuersali, aut in parte, secus si bonis certis.

Ad secundam autem limitationem, vltra ea, quæ supra dixi, *num. 84. vers. hoc tamen posterius.* addatur *idem Dec. cons. 184. numer. 5. versic. quarto, & quæ notat Tiraq. de iure primigen. quæst. 6. numer. 13. 14. Guilh. Benedict. repetit. cap. Raynutius. 1. part. verb. duas habens filias. numer. 217. & copiose Cacher. decis. 100. numer. 26. Pec. de testam. coniug. lib. 1. cap. 8. num. 2. Alber. Brun. cons. feud. 135. mihi col. 6. vers. secundo moueor.* qui frustra de hac sententia dubitat. Pacta enim successionis acquisitiua prohibentur: quum hæreditas pactis non detur: & paciscens libertatem testandi, quantum in se est, constringere cupiat. Quæ rationes prohibitiuæ tantum in pacto circa vniuersam hæreditatem, aut eiusdem quotam: in rebus autem particularibus haudquaquam obtinent. Vt proinde *d. l. pactum quod dotali. & dict. l. si fratres. 53.*

§. *idem*

§.*idem respondi. supr. pro socio.* perperam huic sententiæ opponantur. Male ergo hanc sententiam oppugnant relati *per Tiraq. d. q. 6. num. 19. & Bolog. d. l. stipulatio hoc modo. num. 23. 24.*

DD. ita argumentantur: Ne constringi quidem potest facultas testandi. Hinc *in l. pactum quod dotali.* vbi non est pactum de tota successione, conuentio reprobatur. Idem est *in dict.* §. *idem respondi.* De §. *idem respondi.* supra dixi, quod loquatur proculdubio in successione: quia mentionem facit prælationis. Textus autem *l. pactum quod dotali.* clare loquitur de quota hæreditaria, vt filia æqualiter cum fratribus succedat. At res particularis nil cum iure successionis commune habet. Hæres est, qui succedit in totam, vel in quotam.

III. Limitatur, quando pater, qui cum filio pactus est, postea non facit aliud testamentum: Quia hoc pactum est seruandum inter filios. Hanc sententiam tribuit Alexandro Decius *in d. l. pactum quod dotali. num. 12.* Quæ est intelligenda sane, si substantialia testamenti paterni concurrant. Contra *Alexandrum* tenet *Castrens. & Dec.* Quia inquit, *l. final. C. famil. hercisc.* qua mouetur Alexand. loquitur in testamento vel codicillis, & in relictis, quæ vltimam Voluntatem designant: Quæ verba non videntur pacto adaptari.

Sed hanc sententiam, quæ Alexandro tribuitur, tenet *Bart. in l. tale pactum.* §. *final. num. 3. supra pactis.* Eaque communiter est recepta, vt supra dixi. Probatur hæc sententia multis magnis fundamentis.

1. Pacta contra substantialia valent meliori modo, id est, concurrente Voluntate non limitata, & facultate. Ita concludunt omnes *DD. in d. l. nemo. infr. legat. 1.* Et quod dicitur, pacta successoria non tenere, id intelligatur verum, vt non valeant vt pacta. Aliud si disponentis Voluntas non sit limitata, & substantialia testamenti concurrant.

2. Videmus, consuetudinem & statuta per totum Imperium sustinere pacta in vim vltimarum Voluntatum, concurrente Voluntate & Facultate. Ita pacta dotalia habentur pro vltima voluntate in hoc Electoratu, si substantialia testamentorum concurrant.

3. Quum hæc in genere ita sese habeant, cur non idem Voluntati paternæ tribuatur? Certe testamenta paterna regulis iuris ciuilis non minus ac militaria testamenta soluta sunt. Et quod ad intellectum *d. l. fin.* attinet, constat dispositionem paternam valere vt testamentum paternum in scriptis, vel nuncupatiuum, si solennia testamenti concurrant. Quod si deficiant, saltem vt diuisio valet, dummodo ea concurrant, quæ *lex & Auth. ibi* desiderat.

Imo quod *in l. fin.* verba pacti trahantur ad vltimam Voluntatem non minus ac verba militum, clare affirmat vltra alios etiam *Bologn. in l. fin. nu. 101. vers. sed ego.* textus, inquit, *l. fin.* hoc vult, quod omnis Voluntas patris seruatur, si habebit naturam vltimæ Voluntatis, & speciale est in filiis, quod omnia verba trahantur ad vltimam Voluntatem, sicut etiam est in milite. Hæc Bolognetus. Qui hoc quoq; addere debuit, si non concurrant substantialia testamenti paterni aut codicilli, patris Voluntatem saltem valere, vt diuisionem, dummodo ea concurrant, de quibus dixi, & tum fieri successionem ab intestato, vt supra communem DD. sententiam retuli.

Obseruandum ergo, Alexandri sententiam veram: Decii impugnationem iure non sustentabilem esse.

Quarto *Dec.* limitat regulam in militibus. Quæ est materia *l. licet.* Nil opus est vlteriori expositione.

Quinto limitat in pia causa. Est doctrina Bartoli *in d. l. tale pactum.* §. *fin. Dec.* contra tenet. Verum dicit, quod non valeat, vt pactum, sed vt vltima Voluntas sustineri potest. Ita *Bart. loco precitato* milites liberis & piam causam æquiparat. Quæ vera, si substantialia, quæ in testamento ad pias causas necessaria sunt, concurrant.

Sexto limitat in Contractibus: aliud dicit esse in vltimis Voluntatibus, aliud in Contractibus, *vt supr. num. 84. vers. aut enim sumus in materia, &c.*

Et hæc quidem de regula à Decio proposita sufficiant.

111 Septimo principaliter ampliatur regula nostra, *d* in materia *l. 6. & 7. C. hoc tit. n.* Porro ad *d. l. 7.* videatur etiam *Cuiac. lib. 5. obseruat. cap. 7.*

d Quod videlicet hominis voluntas sit ambulatoria vsque ad mortem.

Octauo amplia, vt non sit dare aliquod remedium, per quod testamentum factum non possit reuocari, *Ang. in tract. de testam. glos. 105. num. 2.* Vbi tamen cautelam proposuit, *adde qua dixi supr. numer. 89. Ioan. Gute. de vltimis voluntat. par. 2. cap. 1. numer. 9.* explodens cautelam *Capoll. 117. num. 3. Dilect. tit. 10. caut. 2.*

Regulam nostram tot modis ampliatam nunc limita I. Nam libertas disponendi, vt cuique placuisset. legibus 12. tab. concessa, *leg. verbis. 118. infr. verb. signif. §. disponat. in Auth. de nupt. l. 1. C. SS. Eccles.* modum & cancellos recipit à l. Furia, de testamentis, à l. Voconia, à l. Falcidia, à l. *Fusia Caninia, aliisque, constituta regula, 1. rebus, 2. personis, e 3. formæ, *Bologn. ad rubr. num. 101. infr. legat. 1. DD. in d. l. nemo. Petr. Gregor. in syntagm. iur. part. 3. lib. 42. cap. 3. num. 7.* Vbi addit, ex his videri abrogatam legem Valentiniani *Nouel. lib. 4. de testam. eleganter Carol. Sigon. lib. 1. de antiquo iure ciuium Roman. cap. 12.* Addatur autem pro sensu *d. l. verbis. vltra Alciat. ibi. & Alphan. in reportat. num. 159. Idem Alciat. lib. 10. παρέργ. cap. 1. Vasq. de success. creat. §. 1. in princ. Vacon. lib. 4. declarat. 55. Bodin. de repub. lib. 5. cap. 2. fol. 533.*

e Ita valet statutū, ne coniunx coniugi quid relinquat. *Bolog. l. stipulatio hoc modo. n. 42. Pet. de testamen. coniug. l. 4. & seqq.* Pater non potest spurium in omni hæredit. instituere. Mulier ad secunda vota transiens, non potest vltra modum à iure statutum marito secundo relinquere. Porro quatuor modis abalienari liberam testandi facultatem, docet *Iacob. Rick. de vnione prolium. c. 3. nu. 17. 18.*

1. Pro Grammatico sensu *dict. leg. verbis. & dict. §. disponat.* obseruandum, verbum legare ibi significare testamenti factionem, & quamlibet vltimæ Voluntatis confectionem. Et loquitur quidem *dict. l. verbis.* in dispositione hominis, *Bologn. ad rubr. num. 101. infra legat. 1.* De vocabulo familiæ videatur *Bodin. lib. 1. de republ. c. 5. in princ. addend. Vacon. lib. 4. declarat. 55.*

2. De historico sensu videatur *Bodin. lib. 5. de republ. cap. 2. fol. 533.* Permissa enim tunc fuit alienatio immobilium, quæ ante licita non erat, *Addendus Vasqu. de success. creat. §. 1. in princ.*

3. Iuridicus sensus traditur *per DD. locis relatis.*

Vide infr. nu. 354.

Amplia hanc limitationem I. In materia *l. 1. C. SS. Eccles.* Nam per il- 112
lam concessionem generalem factionis testamenti non est remissa in vniuersum omnis iuris solennitas, sed tantum ablatum restituitur. Id est, quum ante illam legem Constantini Christianis, & eorum Ecclesiis nil relinqui posset, Constantinus ipsis factionem testamenti passiuam restituit, *Bart. & DD. in dict. leg. 1. ibi Castr. numer. 5. Bologn. in leg. Centurio. num. 36. infr. vulg. & pupill. Clar. §. testamentum. quæst. 5. per tot.* Cui porro consectarium est, etiam in materia fauorabili, concessionem libertatis testandi ad iuris regulas exigendam, *f* neque eam cuiquam inhabili tributam intelligi, *Bart. & DD. d. l. 1.* * *Cephal. cons. 423. nu. 19. Clar. d. q. 5.* qui de duobus intellectibus ad illam legem differit.

f Id est, Ad regulam cuiusq; actus. Habet & testamentum ad pias causas sua quædam præcepta: habet testamentum etiam paternum, atque militare sua essentialia.

* Duplex intellectus ad *d. l. 1.*

1. Propter particulam *vnusquisq;*, aliqui sentiunt, cuilibet etiam inhabili tributam successionem testandi ad pias causas.

2. Verus autem intellectus est: quod ante Constantinum nemo potuerit aliquid relinquere piis locis aut collegiis Christianorum: Id Constantinus corrigit.

Amplia II. Nam quando Princeps liberam testamenti factionem con- 113
cedit: nihil aliud videtur permittere, nisi vt habeat consuetam legitimamque testamenti factionem. Ergo non effuse, sed moderate ea concessio accipienda est, vt tantum remoueatur obstaculum, permissioni contrarium, *l. si quando. 35. vbi omnes DD. C. inoffic. test.* Quod eleganter explicat *Bald. in l. si mutuo. inf. eod. Cuiac. l. 6. §. fin. eod. Clar. §. testament. q. 34. nu. 3.* Ea enim, quæ contra leges, contraque publicam vtilitatem à priuatis extorquentur, non oportet gratia, sed odio digna iudicare, *leg. 2. §. morte. infr. ne quid in loco publ. l. quod vero. 13. supr. legib. Ceph. d. cons. 423. numer. 19. Menoch. de arb.*

de arb. iudic. lib. quaest. 7. numer. 39. Diaz reg. 589. priuilegium. Alphan. in report. numer. 911. Cuiac. lib. 8. obser. cap. 32. Bodin. de republ. lib. 3. cap. 4. Adde tamen quae hac de re dico infr. circa requisitum institutionis haeredis, ad fallentiam 13. Benedicti.

Ampla III. Nam vt ius ipsum libertatem testandi ad regulam iuris, quo ad res, personas & formam testamentorum restringit: Ita idem caeteris paribus, *g* de statutis, maiorem solennitatem exigentibus, dicendum.

g Loquor de iis, qui de solennibus testamentorum statuere possunt.

Ergo etsi aliqui existimarint, non tenere statutum, ne vxor sine consensu mariti, aut aliorum testetur: *vt Castr. l. ex facto. numer. 6.* qui hanc videri communem, & veram dixit: *Ias. numer. 8. infr. vulg. & pupill. Idem in l. stipulatio hoc modo. num. 2.* vbi hanc tenet: quam *ibi* etiam *Bologn. num. 41. 42.* communem dicit: Quum testamentum non debeat pendere ab alieno arbitrio: Et pactum non valeat, per quod testandi libertas aufertur: Quemadmodum & pro substantia testamenti exigitur vt testamentum sit Voluntas testatoris, quae statuto tolli nequit. *Pec. de testam. coniug. lib. 3. cap. 1. num. 2. & 3.*

Contrarium tamen post *Ang. Ias.* amplectitur *in dict. l. ex facto. num. 8.* vbi dicit, si casus contingeret, se ita iudicaturum & consulturum: & Zas. sub dubio tamen, *in dict. l. stipulatio hoc modo. num. 6. Bologn. num. 38. vsque 43. & rursum num. 49. vsque 52.* qui inter statutum maiorem solennitatem in testamento exigens, & proinde limitans, & omnino tollens libertatem testandi, distinguit: *& num. 41.* elegantem rationem pro statutis limitantibus adducit. *h* Aliud enim est, libertatem testandi omnino tollere: Aliud eam ex probabili causa ad iuris & aequitatis regulam exigere. Et quum testamentorum solennia sint iuris ciuilis: nulli mirum videri debet, quod statuto augeri & minui possint. Nemo ergo cogi potest, vt testetur: Nemini, qui testamenti factionem actiuam habet, prohiberi potest, ne testetur, *Bologn. d. l. stipulatio hoc modo. num. 42. Pec. d. cap. 1. num. 5.* At testari secundum regulam iuris quilibet cogitur: Quum nemo facere possit, ne leges in testamento suo locum habeant.

h Vera ratio est, licet testamenta debeant esse libera: tamen haec libertas regulae iuris subest, 1. quo ad res, 2. personas, 3. formam testandi.

Nec quicquam in contrarium fundamenta allata promouent. *i*

Tum (1) quod hoc testamentum ab alieno arbitrio non pendeat, *k* & statuto quoque fieri possit, *l* vt dispositio testamentaria ab alieno arbitrio pendeat.

Tum (2) quod aliud sit testamenti facultatem adimere: aliud testamentorum iura, salua testandi libertate, ad iuris normam exigere & limitare.

Tum (3) quod consensus accedens *m* non impediat, quo minus testamentum Voluntas testatoris dicatur: quum aliud actus, & rursum aliud consensus, actui accommodatus, sit: Et ea quoque, quae de substantia actus sunt lege Caesaris & eorum Constitutionibus, qui reseruatis Caesareis in suis terris vtuntur, tolli possint.

i Peccius respondit, sed illius resolutiones non sunt sufficientes.

k Requiritur consensus: Ergo pendet ab alieno arbitrio. Nego: Nam si absque probabili causa dissentiat, dissensus est pro consensu.

l Dispositio captatoria non sustinetur statuto, sed bene ea, quae ab alieno arbitrio pedet, vt supra dixi.

m Puta, aliquis emit feudum: Necesse est accedere domini consensum. Is non impedit, quo minus contractus sit emptoris & venditoris voluntas.

114 Limita II. Nam licet testamentum semel conditum vt testamentum, nullo remedio irreuocabile fieri queat, obstante videlicet contrario perplexitatis: *Zas. dict. leg. stipulatio hoc modo. num. 11. & supr. num. 111. vers. octauo amplia.*

Couarruuias *ad rubr. part. 2. de testam. post alios, numer. 2. 3. 4. 5.* quæstionem mouet: Vtrum priuilegio Principis fieri possit, ne testamentum semel conditum reuocetur? Concludit, quod sic.

Adducit I. textum *leg. omnium. C. testam.* Is textus loquitur de testamento coram principe facto, seu Principi per oblatas preces insinuato. Illud testamentum valet, etiamsi Princeps ad preces nil rescribat. Hæc autem sunt verba textus, quibus *Couarruuias* mouetur: Nec sane illud hæredibus nocere permittimus: si rescripta nostra nihil de eadem Voluntate responderint: Voluntates enim hominum audire volumus, non iubere, ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium. Ex his ergo verbis *Couarru. post Ias. in dict. l. omnium. num. 6.* infert: Ex priuilegio & expressa Principis concessione fieri posse, accedente consensu testatoris, vt testamentum semel conditum mutari nequeat.

Arbitror autem hoc ex textu non probari: I. Quia lex hoc clare & diserte non dicit, sed his verbis (ne inhibitum videatur) vtitur. Estque aliud videri, & aliud esse, *l. scriniarios. 16. C. testam. milit.* Vt proinde sensus sit: Imperatorem ideo non iubere, ne forte hæc dubitatio postea inde emergat, ne inhibitum videatur. Quam sententiam etiam refert *n Ias. in d l. omnium. num. 6.* licet eam reprobet. Ratio: Quia si testamentum iam factum constringi posset, iam non esset testamentum, aut Voluntas ambulatoria & vltima, & sic incideremus in contrarium perplexi, *Zas. loco præcit.* Et ne DEVS quidem Opt. Max. facit, vt contradictoriæ propositiones simul sint veræ, & simul existant. Sunt autem contradictoriæ propositiones, vt actus aliquis testamentum, id est, Voluntas ambulatoria, & non ambulatoria sit. Sed & *DD. in d. l. omnium.* communiter tradunt, actum manere reuocabilem, accedente confirmatione, si sine principe fieri possit.

n Iason putat non congruere legislatori, vt dubium ponat, & non decidat. Hæc nil ad rē pertinent. Non enim ibi de huius puncti decisione quæritur.

II. Multas alias rationes *Couarru.* ibi in id etiam profert, quæ in se magna ex parte bonæ, sed ad rem propositam impertinentes sunt.

Constituit autem thema, quod quis sibi libertatem testandi bene præripere possit: & id bonis moribus non esse contrarium. Hanc propositionem probat quatuor rationibus.

1. Si contra bonos mores esset, libertatem testandi quem sibi tollere, tum eo ipso is peccatum mortale, aut veniale incurreret. At hoc falsum.

2. Potest quis omnia, quæ habet, quæque habere poterit, donare, *Auth. ingress. C. SS. Eccles. l. Deo nobis. C. Episc. & Cler.* At si Ecclesiæ fieri potest, non est donatio contra bonos mores.

3. Clausula derogatoria in testamentis non improbatur, *l. si quis in principio testamenti 22. infra legat 3. l. si mihi & tibi. 12. §. fin. infra legat. 1.* Quæ ratio huc spectare videtur. Sed nihil est. Nam iura hæc de clausula eiusmodi derogatoria haudquaquam agunt, per quam prior Voluntas irreuocabilis fiat. Quin potius IC. *in d. l. si quis in principio testamenti.* clare dixit, neminem sibi eam legem dicere posse, à qua recedere non liceat.

4. Statuto libertas testandi potest tolli: quum pacta probent, quibus libertas testandi restringitur. Hæc ratio examine indiget.

Omnes hæ rationes ad rem propositam nil pertinent, & fallitur Couarruuias, dum eas ad propositæ quæstionis decisionem adhibet. Aliud est, quærere: an testamentum iam factum, irreuocabile fieri possit. Quod prorsus impossibile est. Testamentum enim, vt testamentum, perpetuo reuocabile manet, vsque ad mortem testatoris: & plane impossibile est, testamentum vt testamentum irreuocabile esse. Et rursum, aliud est, quærere: An quis sibipsi, nullo testamento adhuc condito, testamenti faciendi facultatem & libertatem præripere possit. Hæc differunt, quod ipso sensu notum est.

At rationes Couarruuiæ, excepta tertia, loquuntur de hoc posteriori casu: & hoc concludunt: quod quis sibi testandi libertatem præripere possit: Non loquuntur de illa quæstione: An testamentum iam factum, vt testamentum, aliquo remedio iuris irreuocabile fieri queat.

Quare errat, dum casus disparatos inter sese permiscet & à disparatis, contra regulas iuris, argumentatur.

Hoc tamen dogma Couarruuiæ etiam refert *addit. ad Oldrad. cons. 160.* vbi alia etiam apud DD. hinc inde decantata cautela adducitur, vt testator in priori testamento apponat

ponat hæc verba: si euenerit casus, vt ego aliud condam testamentum, ex nunc fateor, me illud facere metu consanguineorum.

Hæ & similes cautelæ nullius momenti sunt. Nam immota est iuris & naturæ veritas: Contradictorias propositiones non posse simul consistere. Si testamentum est testamentum, & ambulatoria Voluntas, non potest esse voluntas irreuocabilis. Ideo *Benedict. in d.c. Raynutius. verb. testamentum. el 2. num. 25.* hanc quam *Couarr.* defendit sententiam, damnat: Licet ille ibi aliam cautelam tradat, *num. 26.*

Testamenti quoque condendi libertas *o* regulariter iis, de quibus egimus, mediis, infringi non possit: Via tamen patet, vt quis vel omnibus, aut plerisque bonis alicuius certo potiatur.

o Notetur: Quod alia sit quæstio, vtrum testamentum factum possit fieri irreuocabile: & vtrum testamentum condendi libertas tolli possit. Iacob. Rickius *in tract. vnionis prolium. cap. 3. nu. 17.* quatuor modos ex ordine recenset, quibus libera testandi facultas abalienatur aut restringitur. De quibus ex iis, quæ dixi, iudicari potest.

115 Et interpretes quidem *in dict. l. stipulatio hoc modo.* prolixe hac de re disserunt, vbi *Bologn. num. 161.* post longam disputationem concludit, tantum duos eiusmodi modos in iure extare.

Primum modum esse perhibet, si quis bona sua simpliciter, vel vniuersa bona donet. Talem enim donationem etiam sine iuramento firmam esse, tenet: quum de præsentibus, non de futuris intelligatur. *p* *Ita Bart. ibi num. 5. Bald. num. 2. Alex. nu. 14. Bolog. nu. 38. 125. & 161. Ias. in l. is cui bonis. nu. 11. infr. verb. obligat. Tiraq. de iure primigen. q. 6. num. 13.*

Alterum esse statuit, si quis omnia præsentia & futura donet, reseruata sibi certa quantitate, vt non impediatur testamenti factio, *Bart. dict. l. stipulatio hoc modo. num. 6. ibi Castr num. 3. Alex. num. 18. Ias. nu. 10. latissime Bologn. num. 146. 147. 161. Dilect. de art. testandi tit. 10. caut. 2. num. 2. Gail. obseru. pract. lib. 2. obser. 27. num. 3. 4. Modest. Pistor. cons. 19. num. 4. 5. lib. 2. Hotom. cons. 72. num. 34.* dicens hanc omnium consensione receptam esse sententiam. Et hæc vera de donatione inter viuos, quæ statim valet, aliud in ea, quæ mortis exigit confirmationem, vt inter patrem & liberos, maritum & vxorem, *Modest. Pistor. d. cons. 19. num. 17. & seqq.*

p Hæc doctrina certa. Quilibet enim rerum suarum est moderator, *l. in re mandata. C. mand.* Et donatio est cōtractus iure probatus. *l. si cut. C. act. & oblig.*

Addo tertio, idem iuris fore, si quis donet omnia mobilia, præsentia & futura, vbicunque sint, & esse possint. Nam talis donatio, in qua rerum certo loco consistentium, mentio fit, non comprehendit certam speciem rerum, quæ nec mobiles, nec immobiles sunt, vt nomina, *q* *Ias. d. l. stipulatio hoc modo. num. 11. 12.*

Addo quarto, etsi testamentum vt testamentum irreuocabile fieri nequeat: si tamen alii potestatem de rebus meis testandi concessero, irreuocabilis concessio erit, *Pec. de testam. coniug. lib. 1. cap. 43. num. 8.*

Addo quinto, Veriorem iuxta præmissa in iure sententiam esse: quod omnium bonorum sine exceptione, donatio cum iuramento viribus subsistat. *r*

Addo sexto, valere consuetudinem vnionis prolium, *s* *Gail. obser. pract. lib. 2. obser. 125. VVesenb. cons. 71. per tot. Iacob. Rickius in tract. de vnione prolium, per tot. maxime cap. 3. num. 15. 16. & cap. 5. 7. & fin:* Idque pactum mutari non posse. *Rick. ibi cap. fin. num. 14.*

q Hæc omnia sane intelligenda sunt, de ea donatione, quæ omnimodo & omnino inter viuos est. Aliud si adiiciatur in euentum reuocationis testamenti. Hæc enim non valet, vt dixi.

r Hanc sententiam supra ex Couarruuia deprompsi. Ille hanc veram sententiam satis tuetur. Ad eam enim probandam supra dictæ rationes recte adhibentur.

s Ein Kindschafft/ wann die Stieffeltern vor rechte Eltern/ Stieffkinder vor rechte Kinder eingesetzt werden. Eiusmodi pacta vicem cuiusdam testamenti obtinent, *Rickius in d. tract. num. 11.*

Septimo inconsiderate *Couarru. loco præcitato* scribit: statuto liberam testandi facultatem tolli posse. *t* Nam interpretes, quos ille adducit, plus

t Vltra ea, quæ hac de re supra sunt tradita, videatur etiam *Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 2. dub. 1. sol. 4. nu. 120. cum multis seqq.*

plus non dicunt, quam quod ſtatuto & conſuetudine pacta ſucceſſoria probari poſſint. Porro ſucceſſio, quam propter conuentiones & pacta, DD. nominant conuentionalem, *Hotom. dict. conſ. 72. num. 34. 35.* aut incidit in contractum, & ſuſtinetur vt pactum, quorſum & principum, aliorumque illuſtrium virorum mutuæ confraternitates *u* pertinent: & tum quidem verum eſt, ius teſtamentorum, quo ad bona diſpoſitioni & arbitrio paciſcentium ſubiecta *x* pacto, & per conſequens etiam ſtatuto, *y* vel conſuetudine reſtringi: aut in vim vltimæ Voluntatis, cæteris paribus, ſuſtinetur: Et tum hac ſucceſſione conuentionali non minus libertas teſtandi integra eſt, quam ſi alias teſtamentum conficeretur.

u Adde pacta vnionis prolium. Nam & illa in contractum tranſeunt.

x Facultas teſtandi proprie reſtringi aut tolli dicitur, vbi competit, concurrente ſcilicet voluntate, vt quia velit, & facultate, quia poſſit teſtari. At vbi deficit voluntas, aut facultas, vt, quia bona teſtator nulla habet, aut ea iam legitime alienauit, ibi libertas teſtandi non proprie tolli, aut reſtringi dicitur: Quum priuatio habitum præſupponat.

y Imo & iure communi quædam eiuſmodi conuentiones ſubſiſtunt, ſi contractus valeat, vt donatio inter viuos, vt dixi ſupra.

Limita III. Nam quod dicitur, pœnam futuræ ſucceſſionis pacto acquiſitiuo adiectam non valere, verum eſt, ſi quis cum eo, de cuius ſucceſſione agitur, paciſcatur: Aliud ſi tertii hoc modo inter ſe paciſcantur, puta, ſi Titius te inſtituet hæredem, dabis mihi centum: aut ſi Titius te non inſtituet, promitto tibi centum. Nam talis promiſſio valet, *l. ſtipulatio iſta. 37. §. quæſitum. infr. verb. obligat. Guilh. Bened. repet. cap. Raynutius. 1. part. verb. duas habens filias. num. 215. Bologn. dict. l. ſtipulatio hoc modo. num. 43. Idem in l. fin. num. 39. C. de pactis.*

Declara IV. Nam quod hucuſque dictum eſt, pacta ſucceſſoria non valere, id verum eſt de viuentis hæreditate, aliud eſt de ſucceſſione defuncti, *l. 1. C. de pactis. ibi Bart. & DD. Cacheran. deciſ. 100. num. 21. Graſſ. dict. §. ſucceſſio ab inteſtato. q. 9. num. 17.*

Quemadmodum autem teſtamenta vſque ad mortem ambulatoria ſunt: Ita morte teſtatoris confirmantur. Quam ſententiam luculente proſequitur, & quatuor modis limitat *Guilh. Bened. rep. cap. Raynutius. verb. mortuo itaque teſtatore. el 1. num. 31. 41. 87. & 324.*

VLTIMARVM VOLVNTAtum & Teſtamentorum

DIVISIO.

Scribit *Iul. Clar. in §. teſtamentum. quæſt. 3.* multas teſtamenti diuiſiones dari poſſe; id quod ipſe ibi exemplis, in medium prolatis, demonſtrat. 116

I. Recepta diuiſio eſt, vt quædam dicantur teſtamenta in ſcriptis, quædam nuncupatiua. Quæ diuiſio fundatur *in l. hac conſultiſſima. 21. in princ. & §. per nuncupationem. l. in teſtamentis. 26. l. iubemus. 29. C. eod. §. fin. Inſtit. eod. §. fin. Inſtit. per quas perſ. nobis acquir. §. fi. in Auth. de hered. & Falcid.* Hæc recepta eſt & vera diuiſio, qua tamen tota teſtamentorum materia non explicatur. Sunt teſtamenta ſolennia & non ſolennia: iuſta, non iuſta. Quare plenius hæc materia tractanda eſt. Diuiſio allata tantum agit de teſtamentis iuſtis.

II. Gloſſa *in d. §. fi. verb. vltima. in Auth. de her. & Falcid.* in genere de vltimis Voluntatibus agens, dicit, vltimam Voluntatem quinque modis confici: 1. per teſtamentum ſcriptum, per non ſcriptum: 2. per codicillum, in quo ſufficiunt quinq; teſtes: 3. per teſtamentum patris inter liberos: 4. per teſtamentum militare: 5. per donationem cauſa mortis, refert *VVeſenbec. conſil. 38. num 45.* Non longe hinc recedit doctrina Nepotis à Monte Alban. *in tractat. de except. except. 20. num. 1.* Verum huic enumerationi tria obſtant: 1. Quia adhuc alia genera ſunt vltimarum Voluntatum, vt Epiſtola fidei-

fideicommiſſaria, item mortis cauſa capio. 2. Quia confundit genera cum ſpeciebus. Teſtamentum namq; paternum & militare ſunt ſpecies teſtamenti non iuſti. 3. Quod ſi gloſſator omnia genera, omneſq; ſpecies enumerare voluit, non debebat teſtamentum ad pias cauſas omittere. Deinde in hac enumeratione etiam deeſt ſolennis materia pactorum ſucceſſoriorum, quæ hodie conſuetudinibus & ſtatutis probantur.

III. *Petr. Gregor. in ſyntagmat. iuris part. 3. libr. 42. c. 3. num. 6.* Teſtamentum, inquit, aut eſt militare, aut paganicum, aut in ſcriptis, & ſolenne, aut nuncupatiuum. Hæc diuiſio defectiua eſt: quia 1. negligit totam materiam teſtamentorum non iuſtorum, hoc vno excepto, quod de teſtamento militari meminit: 2. Deinde de teſtamento mixto nihil agit.

IV. *Matth. VVeſenbec. in paratit.* duas diuiſiones recitat: 1. Quod teſtamentum aut ſit nuncupatiuum, aut in ſcriptis: 2. Quod aliquod teſtamentum ſit ſolenne, quod nos iuſtum appellamus, aliud non ſolenne. Sed nihil opus eſt, vt duas diuiſiones tradamus: cum vna alterius ſubdiuiſio ſit.

V. Anno LXXVIII. quidam eruditus vir publicauit theſes de diuiſionibus iuris, qui propoſitione 48. dicit: omnem ſucceſſionem eſſe aut rerum, aut iuris. At hæc materia diuiſionis teſtamenti ibi tangitur potius, quam explicatur.

VI. *Hotoman. conſ. 72. num. 34. 35.* dicit: omnem ſucceſſionem, aut eſſe teſtamentariam, aut legitimam, aut conuentionalem.

VII. Harmenopulus *in epitome iuris lib. 5.* duas in effectu diuiſiones tractat: I. eſt, quod teſtamentum aut conficiatur ab eo, qui ſui iuris, aut ab eo, qui alieni iuris eſt, quorſum & teſtamenta Libertorum, Epiſcoporum & Monachorum pertinent. Hæc titulo 1. 2. 3. 4. II. Diuiſio, quod teſtamentum aut occultum, aut non occultum ſit, &c. tit. 1.

117 Porro duplex fere teſtamentorum diuiſio à Iureconſultis proponitur: Prior ad ius antiquum ciuium Romanorum pertinens, qua tria genera teſtamentorum enumerantur: Vnum quod Calatis ζ comitiis in concione populi fieret: alterum in procinctu, quum Viri ad prælium faciendum in aciem vocabantur: tertium per familiæ emancipationem, cui æs & libra adhiberetur, *Text. in princ. & §. 1. § ſed neque. Inſtit. eod. Theophil. lib. 2. inſtitut. tit. 10. Gell. lib. 15. cap. 27. Tranquill. in Nerone. cap. 4. Cicer. in 1. de orat. Plutarch.* a *in Coriolano. Velle. Patercul.* b *lib. 2. Bologn. ad rub. num. 15. infr. de legat. 1. Aymar. Riual. de hiſtoria iuris lib. 2. num. 117. Charond. ad titulos 29. Vlpiani tit. 20. ibi Cuiac.* qui ſcribit, hæc fuiſſe tria teſtamentorum genera iure ciuili: fuiſſe & quartum iure prætorio: eſſe & quintum, ciuili, prætorio & principali iure inter ſe permixtis. & poſt plures alios luculente hanc rem pertractarunt *Briſſon. lib. 7. formular. (fol. 652.) Forcatul. de occulta iuriſprudentia, dialogo 14. Carol. Sigon. de antiquo iure ciuium Romanorum. lib. 1. cap. 12. Vacon. lib. 1. delarat. 16. Petr. Greg. in ſyntagm. iur. par. 3. lib. 42. cap. 3. & VVeſenbec. in paratit. hic. num. 5. Iacob. Reuard. lib. 5. ambiguitat. cap. 12. num. 9. 10. 11.* vbi rationem oſtendit, cur olim teſtamenti factio, iuris publici fuerit.

ζ Quid ſint calata comitia, & quotuplicia ſint, docet *Gell. libr. 15. cap. 27.* Ducta eſt hæc vox à verbo καλεῖν, quod voco ſignificat. Vnde vetuſtas rudis calare dixit inflexione & forma latina. Hinc & Kalendæ ſunt, authoribus Grammaticis, quod is dies calari, id eſt, proclamari cõſueuerat. Additio ad Gellium.

a Locus Plutarchi extat in Coriolano poſt princip. *fol. 69. fac. 2.* in editione Francofurtẽſi, *Anno 80.*

b Locus Vellei eſt in *lib. 2. fol. 23.* in editione Francofurtenſi *Anni 89.*

118 Poſterior noſtro foro congruens, quam paulo altius repetitam ſic proponimus: Succeſſio omnis tam ex vltimis Voluntatibus, quam ex actibus inter viuos, aut eſt rerum atque corporum, quemadmodum legatarius ſuccedit in rem legatam: donatarius in rem donatam: emptor in rem emptam: *Duar. ad tit. n. h. ſub rubr. de hæred. inſtit. c. quomodo hæredes inſtituendi ſint. verſ. ſuperius diximus.* Aut eſt iuris vel ſingularis, vt ſi nomen, actio, aliudve ius ſingulare legetur, donetur, ematur, *l. nomina. 17. l. venditor. 23. ſupr. de hæred. vel act. vend. l. nominis. 3. l. poſtquam. 7. l. pen. & l. fin. C. eod.* Vel vniuerſi Succeſſio in vniuerſum ius defuncti, aut eſt patrimonialis, ex iudicio defuncti ſiue diſpoſitiuo, ſiue permiſſiuo: aut eſt non patrimonialis, ex remotione alterius, eaque vel electiua vel iure ſanguinis per

per legem aut consuetudinem delata. *P.C.in Zampin.f.14. Molin. ad consuetud.Paris.tit.1.§.8 glos.3.n.8.* Quod imperfectius illi exponunt, qui successorem aut sanguinis, aut hæreditatis esse dicunt, *Simon Prat. lib. 3. interpret. 1.dub. 4.fol.5. nu.3. cum seqq.* Rursum successio patrimonialis aut est ex bon. possess. fideicommisso Vniuersali, aut hæreditate.*l.nihil.24.infr.verb.signif.leg. hareditas 63.infr.reg.iur.* acquisitione per arrogationem, *tot. tit. Instit. de acquisit. per arrogat. ex tit. Instit. de eo cui libertatis causa bona adiiciuntur. & ex tot. tit. de hared. vel act. vend.* Hæreditas porro adquiritur successione aut legitima *a* seu ab intestato, aut ex vltima voluntate, aut neque ab intestato, neque ex vltima Voluntate proprie, *leg. ait Prator. 7. §.sed etsi hæreditatem.ibi gloss. verb. vel alia successione.supr. minoribus.leg. cum antiquioribus 19. §. & siquidem is quisciens. ibi gl. verb. fuisse. C. de iur. deliberan. Vasqu.de success.creat. in prafat. num. 11. 12. & lib. 2.§.16.num.5. & §.17. num.106. Hotom. cons.72. num.34.35.*

a *Philip. de Casol. in tr. de testamen.nu.1.2.* dicit, tres esse vias succedendi, tam de iure Prætorio, quã ciuili ex testamento, contra testamẽtum ab intestato: Omnes autem effectus successionis esse vel ex testamento, vel ab intestato: Cum ad effectum successionis ab intestato, perueniatur interdum directa via, vbi nullum est testamentum: Interdum mediante via impugnatiua testamenti, quæ est per contra tab. vel per querelam.

Quæ neque ex vltima Voluntate, neque ab intestato proprie successio est: Aut simpliciter ad contractus pertinet, nihil cum materia nostra commune habens, vt *tot.tit.ff. & C.hared. vel act. vend. cum infinitis similibus.* Aut huc pertinet, quam successionem aut innominatam, aut simpliciter vltimam Voluntatem appellant *gloss.* b *fin. in l. licet. 19. ibi DD. C. de pactis. Couarr. ad rubr.part.3.num.25. vers.est & alia.extr.eod.* cuius exempla proponit *gloss.d.§.sed etsi hareditatem. gloss.d.§.& si quidem. Vasqu.d.§.17.num.106 & ad l.1.& 2.infr. Castren.pecul.* vbi filii militis intestato mortui bona patri non tanquam hæreditas, sed quasi peculium deferri dicuntur. Videatur *Ias. in l. si infanti.num.8. C.iur.deliber. Vigl.in princ.nu.21.22. Institut. quib.non est permiss.fac.testam. & Francisc.de Caldas, l.si curatorem.verb.lasis.num 93.94.C.de in integr.restitut.minor.* Quibus addit *Hotoman.d.cons.72. num.34.35.* successionem conuentionalem. Verum, hoc successionis genus nunc vt contractum, nunc vt vltimam Voluntatem, & sic diuersimode sustineri ex præcedentibus constat. *Addatur VVesenbec.cons.38.num.48.cons.63.num.8. cons.71.num.39.40.* 119

b Glossa ibi quærit de materia illius legis, an illa dispositio sit testamentũ, vel non. Quidam cum glossa dicunt, quod sic, id est, ꝙ sit testamentum: alii contra. Et dicũt simpliciter vltimã voluntatem.est cõmunis, vt per Couarr. hic relatum. Notetur hinc, ꝙ successio, quæ non est ab intestato, aut proprie ex testamẽto, dicatur simpliciter successio, *not. supr. num.86.*

120

De exemplis, quæ glossæ præcitatæ adferunt, nihil dico. Sed Vasq.loco præcitato multa exempla adducit, ea obiter recitabimus.

Primum exemplum adducit ex tit.*De eo cui libert.caus.bon.adiic.* Idem habent glossæ. Hoc bonum exemplum.

Secundum exemplum est de *l.fin.C.famil.hercifcun.* Vbi filius patri succedit, neque ex testamento: (Quia illud non est testamentum,) neque ab intestato proprie: Quia diuisio fit secundum patris Voluntatem. Hoc etiam bonum. Cum hoc textu coniungatur materia *l.in testamento 38.infr.fideicom.liber.de quo vide not.num.18.supra*

Tertium exemplum proponit de materia *l.licet. C.pactis.* Credo illum errare. Ibi enim ex priuilegio militari successio vere fit ex testamento, vt dictum est supra num.86. Non valet dispositio in pactum, sed vt vltima Voluntas.

Quartum exemplum est *de leg.3. C. inoff. test.* ibi mater, filiis duobus hæredibus institutis, tertio post testamentum suscepto, commutare testamentum non potuit. Decidunt Impp. quum testatrix in puerperio decesserit, repentini casus iniquitatem per coniecturam maternæ pietatis emendandam esse. Quare filio, qui post testamentum natus est, perinde virilem portionem tribuendam, ac si mater omnes filios hæredes instituisset. Ibi ergo fit successio non ab intestato, sed vere ex testamento. Quia is, qui post testamentum natus est, videtur vna cum aliis hæres institutus. Quæ fictio idem operatur, quod veritas, *Videantur pro pleniori sensu d.l.si mater.3.ibi DD. & Delrio in remissionib.*

nib. Vasq. de success. resolut. lib. 1. § 9. num. 78. & lib. 3. ad d. l. si mater. num. 8. & 10. Franc. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 4. tit. 2. num. 5. & lib. 12. tit. 1. num. 15. & 21. Marc. Mant. lib. 5. sing. c. 109.

Quintum exemplum adfert de casu *Auth. hoc amplius. C. de fideicommiss. & §. si quis autem non implens. in Auth. de hered. & Falcid.* Vbi si hæres post iussum iudicis infra annum, non exequitur voluntatem testatoris, priuatur ipse omni lucro hæreditario, illudque personis ex ordine ibi enumeratis, applicatur. Et fatendum, illi successionem fieri neque ex testamento proprie, neque ab intestato. Ad illum text. vltra DD. ibi videatur *Alphan. in collect. num. 423. Ias. ad rubr. num. 22. supr. de iust. & iur. Vasqu. de success. resol. libr. 20. §. 20. num. 31. Castr. cons. 20. per tot. lib. 3. Paris. cons. 19. num. 192. 201. libr. 2. Alciat. cons. 24. num. 2. & cons. 92. num. 8. lib. 9. Cephal. cons. 379. nu. 65.*

Sextum exemplum adducit de successione fisci, qui succedit in bonis vacantibus, vel quæ alicui vt indigno auferuntur.

Septimum exemplum ipsum quoque bonum est, in patre succedente filio iure peculii, *l. 1. & 2. de castr. pecul. Fr. Cald. pulchre ad l. si curatorem. verb. læsis. nu. 93. cum seqq. C. de in integr. restit. minor. Bal. de Bartolin. l. 1. num. 268. ff. solut. matrim.*

Ad exemplum Hotomanni quod attinet de pactis successoriis, omnino distinguendum est. Aut enim pacta sustinentur vt pacta simpliciter, *c* & reiiciuntur ad contractus inter viuos, & talia esse arbitror pacta confraternitatum, *not. supr. num. 88. maxime in addit. incip. ad tertium illud genus.* Aut pacta vigore consuetudinum aut statutorum sustinentur in vim vltimarum Voluntatum: & mutabilia sunt, vt vltimæ voluntates. Tum variis modis sustinentur. Aut sunt testamenta, *d* concurrente testamentorum substantia: aut habentur pro codicillis, concurente codicillorum substantia, & voluntate non limitata. Ergo hæc non possumus proprie loquendo tertiam quandam successionis speciem facere, nisi docendi gratia, ὡς ἐν πλάτει sic loqui libeat.

c Alia quæstio est: Num in testamento contractus, aut econtra in contractu vltima voluntas confici possit? *de qua infr. in leg. hæredes palam. §. fin. ff. de testam.* Et rursum alia. Num pactum vt vltima voluntas sustineri possit? Ad quam responde, quod non. *Castr. notabiliter in l. pactum quod dotali. ad fin. C. pact.* Nisi lege, statuto aut consuetudine ita sustineatur.

d Vt supra not. num. 86. de materia ad dict. leg. licet. Alias sciendum, in contractu, puta in pacto dotali, vltimam voluntatem ita fieri posse, vt per modum fideicommissi, legati, aut donationis caussa mortis valeat, *VVesenbec. ad tit. ff. de hæred. institu. num. 6. vers. an autem. Adde quæ not. infr. ad leg. hæredes palam. §. final. in postilla ad vers. porro nihil obstante.*

121 **Porro successio ex vltima Voluntate dependens, aut testamentum est, aut non est.**

DD. sese inuoluunt circa species vltimarum Voluntatum, & in duobus peccant. Primo permiscent genera cum speciebus, multas formas testamenti nõ iusti recensent. *Ita gl. in §. fin. verb vltima. in Auth. de hered. & Falcid.* testamentum patris inter liberos, & testamentum militare sigillatim enumerat: Quum hæc ad vnum genus testamenti non iusti pertineant. Ita octo species vltimarum Voluntatum ex ordine enarrat *Guid. Pap decis. 543.* 1. testamentum in scriptis, 2. testamentum nuncupatiuum, 3. codicillum, 4. testamentum paternum, 5. testamentum militare, 6. testamentum rustici, 7. donationem causa mortis, 8. Epistolam.

Ita *Ang. Aretin. in tract. suo de testam. gloss. 5. num. 2.* quinque modis ait vltimas confici voluntates, per testamentum in scriptis, per nuncupationem, per codicillos, per testamentum patris inter liberos, per testamentum militare.

Porro si iuris doctrinam ita confundere volumus, multo plures vltimarum Voluntatum species numerare possumus, vt recte aduertit *Sim. de Prat. de interpret. vlt. voluntat. lib. 2. dub. 1. solut. 9. & Franc. Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib. 1. tit. 5. & tit. fin. illius libri prope fin.* Prout addit *Sim. de Prat. loco præcitat. nu. 2.* donationem, quæ à patre filio, vel à coniuge coniugi fit. Nam sequuta traditione, & perseuerante donatore in sua Voluntate vsque ad mortem, donatio illa habet vim relicti, *l. sequens quæstio. 70. ibi DD. infr. legat. 2.* Quæ donatio decem modis à legatis & fideicommissis differt, vt *Sim. de Prat. loco præcit.* remissiue docet.

Decimum exemplum adfert *ibi Sim. de Prat. num. 5.* ex materia *l. fin. C. de pactis.* Ego ex Guidone Papa *loco præcitato,* addo 11. testamentum ab ægroto in præsentia curati & duorum vel trium testium conditum, *cap. cum esses extr. eod.* Quod aliqui intelligunt de testamento ad pias causas, aliqui indistincte. Hic est primus error, DD. inquam, permiscent genera cum speciebus.

Alter

Alter error est, quod partes certarum formarum confundunt cum formis seu speciebus. Exempli gratia, aliqui etiam fideicommissum dicunt esse vltimam Voluntatem. At fideicommissum per se non consistit, sed relinquitur in testamento, vel in codicillo: & est species substitutionis, & proinde pars etiam testamenti. Omnis enim substitutio aut est directa, aut obliqua. Obliqua est fideicommissaria: sed ita fideicommissum est pars testamenti, vt etiam in codicillo relinqui possit.

Idem iudicandum de legato, quod per se non est vltima Voluntas, sed relinquitur in testamento, codicillo, &c.

Idem iudicandum de mortis causa capione, quæ per se non consistit, *Francis. Mant. d.lib.1.tit.5. & tit.fin.*

Vt ergo omnis hæc tractatio & diuisio planissima sit, sic vltimæ Voluntates tribus verbis diuidi possunt.

Omnis vltima Voluntas, aut est anomala & irregularis, de qua iam dixi, aut est regularis. Regularis vltima Voluntas has species habet: 1. testamentum, 2. codicillum, 3. donationem causa mortis, 4. Epistolam fideicommissariam.

Quæ non est testamentum, aut codicillus, aut donatio causa mortis, aut epistola fideicommissaria est. *Rolandin. de testam. rubr. 1. num. 1. Franc. Mant. de conicct. vlt. volunt. lib. 1. tit. 5. num. 1. & tit. 14. num. 4. Sim. de Prat. de interp. vlt. vol. lib. 2. dub. 1. solut. 9. num. 2. Laurent. Castellan. in rubr. num. 19. 27. 37. 38. Institut. eod. Medices. definit. 76. num. 32. Hotoman. cons. 56. num. 12.* Reiicimus enim eorum sententiam, qui vel vnius alicuius formæ plura exempla, vel eas dispositiones, quæ per se non consistunt, cum speciebus vltimarum voluntatum confundunt. Idque Accursio *in glos. §. fin. verb. vltima. in Auth. de hær. & falcid.* & Guidoni Papæ *decis. 543.* accidit, qui singula non iusti testamenti exempla pro singulis generibus testamenti habent. Idem aliis vsuuenit, qui fideicommissum, legatum, mortis causa capionem, perperam cum præcitatis formis confundunt, vt recte aduertit *Sim. de Prat. d. solut 9. num. 8. & Mant. d. tit. 5. num. 2. d. tit. 14. num. 4.* 122

Et licet nouissime Castellanus *loco relato, numer. 39.* eorum sententiam tueatur, qui mortis causa capionem vltimarum voluntatum generibus accensent: quod & Medices loco relato probauit: Contraria tamen sententia verior est. Nam aut à testamento, vel codicillo dependet, & non minus ac fideicommissum & legatum, recte à diuisione reiicitur: aut contraria est testamento, (vt, si ego hæres institutus, precio accepto, hæreditatem prætermittam, ad substitutum, aut venientes ab intestato peruenturam: *l. qui precio. 8. infr. mort. caus. donat.*) & vltima voluntas nulla ratione perhiberi potest. 123

In quibus autem donat. caus. mort. cum vltimis voluntatibus, in quibus cum contractibus conueniat: *e* & an statutum disponens de Contractu

e Donationis causa mortis definitionem ponit Rolandin. *in tract. de donat. caus. mortis n. 1. Benedict. rep. c. Raynutius. verb. testamentum. el 4. n. 6. extr. de testam.* Diuisionem habet *l. 2. ff. eod. & Rolandin. loco relato. nu 6. de qua videatur Dn. Hotomann. in princ. Instit. de donat.* Requisita sunt 1. mortis mentio: *Clar. §. donatio. qu 4. nu. 2. 3. 4. Grassus §. donatio causa mortis. qu. 1. nu. 3.* 2. Vt donatio conferatur in tempus mortis: *Clar. d. q. 4. nu. 4. Grassus qu. 10. nu. 1.* 3. Vt fiat causa mortis. *de quo postea.* 4. reuocabiliter: *Clar d. q. 4. nu. 5.* 5. quinque testibus præsentibus: *Grassus qu. 11.* 6. in partium præsentia, *l. inter mortis. 38. ff. de donat. caus. mortis.* Maxime quia iam olim iure ff. & C. vsque ad Iustinianum, non fiebat nudo pacto, sed stipulatione: *l. mortis. 33 ff. eod.* & sic partium præsentia erat necessaria, *l. 1. in princip. ff. de verbor oblig at. Ioan. Andr. in addit. ad Specul. tit de instrumen. concept. §. porro. vers. forma. Rolandin. loco relato. nu. 25. Graff. qu 8. & 9.* Hodie autem fit etiam nudo pacto, *per l. si quis argentum. §. pen & fin. C. de donat.* Ideo Epistola vel nuncius sufficit: *Ioan. Andr. vbi supra.* dummodo amicus specialiter ad eiusmodi donationem fuerit destinatus, *Graff. d. q. 9. nu. 4.* Imo donatio facta absenti sine nuncio aut epistola, valet vt fideicommissum interuenientibus quinque testibus, *Imola l. 1. n. 1. ff. de donat. causs. mort. Rolandin. vbi supra. n. 25. Graff d. q. 9. n. 5.*

Fieri potest stipulatione, pollicitatione, traditione, *Rolandin. ibidem. n. 1. & 8. qui DD. miro modo in hoc errasse ait. Guilhelm. Bened. in repet. c. Raynutius. verb testamentum. el 4. nu 30. extr. de testam.*

Porro requisitum tertium sæpe parit contentiones, dum facti speciebus occurrentibus, quę ad donationes inter viuos, mortisque causa commode referri posse videntur. Vbi sic distinguendum.

Aut constat, mortem non esse causam finalem talis donationis, sed diem mortis per modum dilationis expressam, vt sit taxatio & demonstratio temporis, quo donatio exequenda est, & tunc donatio erit inter viuos, *vt not. supra. n. 84.*

vers. aut sumus in materia donationis, &c. quibus authoritatibus adde Corn. conf. 289. num. 11. lib. 4. Guid. Pap. conf. 215. num. 1. Angusol. conf. 1. num. 5. libr. 5. Bologn. conf. 7. nu. 20. 27. 38. cum seqq.

Aut constat mortem causam finalem donationis : & cætera omnia paria esse : & donatio causa mortis erit.

Aut sumus in dubio, & donatio causa mortis præsumitur, *Cyn. in l. 2. C. de iure dot. Bart. in d. l. qua dotis. num. 3. ibi Angel. Perusin. nu. 2. dicens ita transire communiter. Imola num. 3. Lud. Rom. nu. 8. qui eleganter distinguit. supr. solut. matrimon. DD. in l. fin. ibi Francis. Curt. num. 19. Dec. num. 20. vbi tres conclusiones ponit. C. de pact. Iul. Clar. §. donatio. quæst. 4. num. 4. Petr. Adven. reg. 218 incip. donatio causa mortis. Iacob. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 11. num. 4. & præsumpt. 35. num. 1. Mascard. de probat. lib. 1. conclus. 561.* Vbi hanc regulam statuunt, quod videlicet donatio causa mortis præsumatur, si mortis mentio per modum causæ finalis fiat, hoc est, quasi mors inducat donationem, *l. Seia. 12. ff. de dot. præleg. l. Seia. 42. in princip. ff. donat. causa mortis.* Et in dubio quidem mortis expressionem per modum causæ finalis factam intelligi, testantur *in d. l. quæ dotis. ibi Ludovic. Roman. num. 8. d. l. Seia. ff. dot. prælegat.* quando scilicet inter verba substantiam dispositionis significantia facta est, * *Iacob. Menoch. dict. præsumpt. 35. n. 4. Iacob. Toming. q. 10. num. 12. cum sequentib. Mascard. d. conclus. 561. num. 37.*

* Vide not. supr. num. 84. in addit. incip. quo pacto, &c. ad fin.

Verum plenior resolutio huius puncti à conciliatione regulæ prædictæ, & *l. nam si cum moriar. supr. condict. indebit. & iurium concord.* dependet. Regula habet : Mortis expressione facta, donationem causa mortis præsumi : At refragatur *d. l. nam si cum moriar. cum concord.*

Prima conciliatio est, quod mortis mentio non sufficiat, ad donationem causa mortis, nisi disertis & claris verbis donator expresserit, se mortis causa donare, *per d. l. Seia. § fin. infr donat. caus. mortis. Hanc amplexus est Rolandin. in d. tract. de donat. caus. mortis. n. 9. vbi hoc diligenter obseruandum monet : Sequitur Petr. Gregor. nulla de Rolandino facta mentione, in syntagmat. iur. lib. 28. cap. 14. num. 5. 6. & num. 11. vbi eandem sententiam iterum diligenter inculcat.* Secundum hanc sententiam omnia plana forent, & plurimæ interpretum difficultates excluderentur.

Secunda conciliatio est Bartoli, *in d. l. nam si cum moriar.* quod nulla præcedente causa promissionis, obtineat regula præcitata, vt scilicet donatio causa mortis præsumatur, præcedente autem causa promissionis, non sit donatio causa mortis, sed promissio inter viuos: Ita intelligit *d. l. nam si cum moriar. & l. vnic. C. vt action. ab hered. & contra hered. quam conciliationem sequitur addit. ad Rolandin. loco relato. & pulchre illustrat Petr. Gregor. in syntagmat. iur. libr. 41. cap. 7. num. 10.*

Tertia conciliatio est, quod præcitata theorica, in donatione dependente ab vnius voluntate, textus autem *d. l. nam si cum moriar.* in promissione, quæ duorum iudicium requirit, procedat. Et huc doctrinam Baldi *in l. pro hereditariis. num. 2. C. hered. act.* accommodat *Ias. in d. l. qua dotis num. 44.* Gualterus de Beka, ordinarius Louaniensis, acutissimi ingenii vir, vti illum appellat additionator Rolandini *loco relato. num. 21.* vbi ipse quoque eam sequitur Dn. Tomingius ordinarius Lipsiensis meritissimus, *quæst. 20 num. 17. 18.*

Si ergo hasce interpretum nostrorum conciliationes, cum iis quæ locis præcitatis illi differunt, contulerimus, nihil difficultatis incidere poterit, ex qua non facillime iurium Candidati se expediant.

tractu aut vltima voluntate pertineat etiam ad donationem causa mortis: eleganter tradit *Bald. cons. 248. per tot. lib. 5. & cons. seq. Boer. cons. 34. nu. 4. 5. Rolan. à Val cons. 82. numer. 20. & seqq. lib. 1. plenissime Ias. in leg. 2. ibi etiam Rip. & DD communiter. infr. legat. 2. Guil. Bened. rep. cap. Raynutius. 1. part. verb. matrem insuper nomine Cleram. num. 24. 25. Molin. l. 2. in princ. numer. 23. cum seqq. infr. verb. obligat. Clar. §. donatio. quæst. 4. & 5. Vasqu. de success. progress. lib. 1. §. 1 num. 24. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 2. dub. 1. solut. 9 num. 9. 10. 11. Graff. §. donatio q. 2. cum seqq. VVesenb. ad tit. de mort. cau. donat. num. 4.*

124 Testamentum porro aut iustum, aut non iustum est.

Testamentum iustum diuiditur in testamentum solenne in scriptis, & in testamentum nuncupatiuum, *l. hac consultissima. 21. in princ. & §. per nuncupationem. l. in testament. 26. l. iubemus. 29. C eod. §. fin. Institut. eod. §. fin. Instit. per quas personas nob. acquir. §. fin. Auth. de hared. & falcid. Rolandin. de testam. rubr. 4. Medic. in tr. definitionum. definit. 26 num. 33.*

Et quum in doctrinali vel logica traditione mixtum intelligatur & includatur in simplicibus: *Carol. Molin. de indiuid. in princ. num. 36. Idem in dict. l. 2. in princ. num. 9. vsque ad fin. ill. tract. & maxime numer. 46.* vbi hoc axioma luculentissime resoluit: Recte huc etiam testamentum cæci referimus: quod, dicente testatore, à Notario in publicum instrumentum redigitur: & proinde de solennibus testamenti scripti & nuncupatiui participat, *leg. hac consultissima. 8. C. qui test. fac. poss.* Sed & *Vasq. de success. creat. §. 11. numer. 12.* aliud exemplum mixti testamenti proponit.

Testamentum autem nuncupatiuum, aut per Notarium redigitur in scripturam, aut non item. Et priori quidem casu instrumento, vt moris est,

est, Notarii signum & nomen adiiciendum est: testium vero suscriptiones necessariæ non sunt, *DD. in d.l. hac consultissima. & dict. l. in testamentis. C.eod. DD. in d.§. fin. Instit.eod.* vbi tamen & ea, quæ supra ad definitionem testamenti, super verbo, iusta, illatione tertia dicta sunt, & quæ infra requisito 1. illatione 10. circa testamentum cœci post requisitum 9. Deo volente, disputabuntur, diligenter obseruanda erunt.

Instrumenta Notariorum habent sua solennia. Cuilibet instrumento apponitur signum & nomen Notarii & testes: Testes tamen non subsignant. Quare si quæris, an documentum de testamento nuncupatiuo confectum, vt instrumentum, validum sit, recurrrere ad relatam interpretum doctrinam nos oportet. Nam instrumentum, quod sua substantialia non habet, non est instrumentum. Sed si quæris, quando testator ea intentione testamentum nuncupatiuum facit, vt de eo conciperetur instrumentum, aut fieret scriptura: instrumentum autem in forma deficiat, aut testator moriatur, antequam scriptura fiat: vtrum testamentum etiam concidat:. Tunc subdistinguendum: Aut testator non habuit suam Voluntatem pro completa, puta, vocauit Notarium, illi priuatim exposuit suam voluntatem, & rogauit eum, vt conciperet scripturam, quæ deinde, omnibus testibus præsentibus, legeretur, vt ita vno contextu omnia gerantur. Antequam autem Notarius Voluntatem perscripsit, testator est mortuus. Quæritur, an testamentum valeat? Hæc est insignis materia *l. hac consultissima. vers. at quum humana fragilitas ibi DD. C. qui testam fac. poss.* Certum est, quod non. Casum habui ante 14. dies. Idem si scriptura perfecta, sed deficiat in forma, vt in testamento cœci. Aut testator coram testibus suam Voluntatem plene explicauit, & habuit eam pro completa & conclusa: sed tantum voluit, vt ad maiorem cautelam de illa sua Voluntate scriptura fieret. Et testamentum valet, licet aut Notarius instrumentum in authentica forma non confecerit, aut testator mortuus sit, antequam instrumentum conficeretur. Dixi supra.

Testamentum non iustum, aut est imperfectum ratione voluntatis, 125
qua de re supra aliquid diximus: aut est imperfectum ratione solennitatis. Et recenset huius testamenti 14. exempla *Vasq. de successſ. creat. lib. 2. §. 11. num. 54. vsque 66.* adde 15. testamenta Rusticorum, *l. fin. C. eod. Renatus, de priuileg. rustic. lib. 1. part. 2. cap. 2.* 16. testamenta scholarium, *Horat. Luc. de priuileg. scholar. priuileg. 59.* Etsi idem *Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 17. num. 75. vers. hac conclus. & §. iam ergo in superioribus. num. 38. in fin. eod. lib.* de 30. speciebus minus solennium testamentorum meminerit, quæ ibi etiam *lib. 3. per tot.* recenset & summarie repetit *in fine illius libri.*

Vasquius ea in enumeratione sibi non constare videtur. Nam *libr. 3. per tot.* numerat 34. casus, in quibus solennitas ordinaria testamentorum non requiritur: Et tandem in fine tantum 29. casus repetit. Sed aduerte illos 34. casus non omnes continere formas testamentorum informium. Ideo in posteriori recapitulatione omittit quosdam casus, quos in prima enumeratione posuerat, puta, casum 10. 18. 25. 28. 34. Et licet hoc pacto tantum 29. species testamentorum informium maneant: patet tamen in priori enumeratione secundum & trigesimum tertium casum distingui: cum in posteriori recapitulatione tantum fiat mentio testamenti nuncupatiui, secundum ius regium facti.

Hæc quæ huc vsque tractata sunt, pertinent ad methodum definitiuam & diuisiuam: Nunc totius materiæ corpus aggrediemur, & quæ definiendo atque diuidendo ἐις ἰν τινι delineata sunt: ea nunc omnibus partibus in vnum coagmentatis, ex toto ædificabimus, quæ methodus compositiua est. Dicemus ergo de omnibus partibus testamenti, & quæ huc pertinent.

Absoluta ergo definitione & diuisione, nunc testamentorum corpus exædificandum erit: quod substantialibus, naturalibus, accidentalibus, effectis definimus, *Bologn. ad rubr. numer. 2. & seqq. infr. liber. & posthum.*

Idem

Idem in l.nemo.num.3. cum seqq. infr. legat.1. in l.1. num 9. cum seqq. & in l. sciendum. num.4. cum seqq. infr. verb. obligat.

SVBSTANTIALIA TESTAMENTI.

126 Substantialia dicuntur esse lex actuum ciuilium necessaria, *Bologn. loc. pracit.* Et in proposito quidem nostro *Bald. ad leg. hoc tit. nostro. num. 1.* scribit: testamenti perfectionem quadruplicem esse: primam materiæ: secundam formæ substantialis: tertiam solennitatis: quartam cōfirmationis: Cuius doctrinam refert & sequitur *Bened. in repet. cap. Raynutius. part. 1. verb. testamentum. el 1. num. 93. extr. eod. Dom. Magdal. in tract. de numero testium in testam. requis. part. 1. cap. 16. num. 211.* Rectius autem & magis explicate testamentorum substātialia 1. à causa efficiente, 2. materiali (de qua) 3. formali, 4. subiectiua (seu materiali super qua) 5. solennitatibus, 6. causa finali, 7. & à confirmatione pendere, Bolognetus locis præcitatis tradit.

Quæ sint de substantia, forma, solennitate actus, accurate distinguit Alciat. *libr. 5. ... dict. cap. 16.*

PRIMVM SVBSTANTIALE.

127 Porro quum efficiens causa testamenti ipse testator sit: Hinc ergo primum omnium pro substantia testamenti tam solennis in scriptis quam nuncupatiui requiritur in eo, qui testatur, eius temporis, quo testamentum facit, mentis integritas, *l. 2.* f *inf. eod.* Defectus enim post testamētum absque testatoris facto, *l. qui ex liberis. 11. §. testamento.* g *infr. bon. poss. secund. tab. Bolog. l. certum. num. 61. C. vnde legitimi.* aut delicto superueniens., *l. eius qui.* *8. §. 1. *infr. eod.* non nocet. Ergo etsi surdus & mutus testamentum facere non possunt: si quis tamen post testamentum factum, valetudine aduersa, aut quolibet alio casu, mutus aut surdus esse cœperit, ratum nihilo minus permanet testamentum, *l. qui in potestate. 6. §. 1. infr. eod. l. 1. § exigit. §. sed & si quis testamenti. infr. bonor. poss. secund. tab. Bart. in d. l. 2. ibi Castr. infr. testam. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 2. dub. 1. solut. 4. num. 1.* ita licet prodigus post interdictionem & tempore mortis testari nequeat: si tamen ante interdictionē sit testatus, testamentum valebit, *l. is cui. l. 18. infr. testam.*

f Nota, Duarenū in loco hic relato dicere, quod hæc sit difficillima totius huius tractatus disputatio, cuius temporis habenda sit ratio, quādo quæritur de testatoris habilitate. Ita loquitur propter *l. 2. h. tit. n. & d. l. 1. §. exigit. inf. bon. poss. secū. tab.*

g Ibi quis testamētū fecerat, & postea sese dederat ad arrogandum, testamentum concidit. Quia testator dando se ad arrogandum, cum capite fortunas quoq; suas in familiam & domum alienam transfert. Porro pro intellectu d. §. *testamento.* videatur Bolog. loco præcitat. Et vide ibi plures remissiones.

* Si quis testamentum faciat, & postea aquæ aut ignis interdictionem patiatur, testamentum concidit, &c.

128 Declara hanc doctrinam I. Vt quod ad statum attinet, extra casum l. Corneliæ, necesse sit testatorem vtroque & testamenti scilicet & mortis tempore ciuem Romanum esse, *dict. l. eius qui. §. 1. hoc tit. Duaren. ad tit. n. hic. sub. rub. de his qui testam fac. poss. versic. hic tractatur quæstio difficilima. Cuiac. l. qui in potestate. § fin. h. tit.*

129 Declara 2. Nam *d. l. 2.* de mentis integritate loquens, procedit, quando proponitur aliquem fuisse idoneum tēpore testamenti. Nam tunc verum est, vnius temporis habilitatem sufficere. At non ecōtrario ita sese res habet. Nam quum proponitur, idoneum quem tantum fuisse tempore mortis, Vlpianus ait: Prætorem requirere duo tempora, *l. 1 §. exigit. inf. bon. poss. secund. tab.* Atq; ita *Duaren. & Cuiac. loc. relatis d. l. 2. cum d. §. exigit.* conciliant.

In *l. 2. infra de testam.* dicit Iureconsultus Labeo, quod integritas mentis in testatore requiratur eo tempore, quo testatur. At Iureconsultus Vlpianus *in dict. leg. 1. §. exigit. infra bonor. possess. secun. tab.* contrarium dicere videtur. Exigit (inquit) Prætor, vt is, cuius

 bono-

bonorum possessio datur, vtroque tempore ius testamenti faciendi habuerit, & quum fecit testamentum, & quum moritur. Quomodo hæc conciliabimus? Respondeo: Diligenter intuebimur responsum Vlpiani, & res omnis plana erit. Si quærimus, vtrum satis sit, vt quis mortis tempore testamenti factionem habeat? Clare respondendum: haudquaquam id sufficere: sed requiri, vt & testamenti tempore eam potestatem habuerit. Hic est casus & sensus Vlpiani. At si quæstio sit, vtrum satis sit, vt quis testamenti tempore factionem habuerit testamenti? Clare respondendum est, quod sic. Ita loquitur *d. l. 2.*

Et quod hæc sit veritas, patet ex thematis, quæ tractat Vlpianus. Si impubes (inquit) furiosus, vel quis alius ex his, qui testamentum facere non possunt, fecerit testamentum: (id est, tempore, quo habilis non erat.) Deinde, habens testamenti factionem, decesserit, peti bonorum possessio non poterit. Sed & si filiusfamilias, putans se patremfamilias, testamentum fecerit: (id est, tempore, quo testamenti factionem non habuit.) Deinde mortis tempore paterfamilias inueniatur, non potest bonorum possessio, secundum tabulas peti. Ex hisce exemplis Vlpiani clarum est, Iureconsultum hanc quæstionem decidere voluisse: Vtrum satis sit, quod quis mortis tempore testamenti factionem habet. Dicendum est, quod non: Sed quod etiam requiratur habilitas tempore testamenti.

Deinde idem clarius patet ex §. *sed et si quis. ibidem.* Vbi Vlpianus materiam *d. l. 2.* tractat, & casum suum inuertit: Si quis sanæ mentis testamentum fecerit, & sic testamenti facti tempore habilis fuerit, an hoc sufficiat, & testamentum subsistat, etsi postea furiosus efficiatur: dicit, quod satis sit, testatorem sanæ mentis fuisse tempore testamenti facti: Et sic idem docet *cum l. 2.*

Vt autem tota materia *leg. 2.* vno & altero verbo expediatur, sic distinguendum erit.

Aut quærimus de testamenti factione passiua, & consulenda est *gl. d. l. 2.* Aut de testamenti factione actiua, quæstio est, & subdistinguendum: Nam aut quærimus cum Vlpiano *in d. l. 1. §. exigit.* an sufficiat, quem habilem esse tempore mortis, dicendum, quod non. Aut quærimus, vtrum sufficiat, quem habilem esse tempore testamenti, dicendum, quod sic: *d. l. 2.* Neque enim nocet defectus superueniens, *d. leg. qui in potestate. §. 1. h. tit. n. d. §. exigit. in vers. si quis autem testamentum.* nisi defectus proprio facto, aut delicto testatoris superueniat, *d. l. eius qui. §. 1. d. l. qui ex liberis. §. testamento. infra bonor. possess. secund. tab.* Hæc est vniuersa materia *d. l. 2.* Pro qua recurrendum ad doctrinam Bartoli, Duareni & Cuiacii.

Discussa *l. 1. h. tit. n.* transitum fecimus *ad l. 2. h.* vbi primum testamenti substantiale fundatur. Dixit Labeo: in eo, qui testatur, eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est. Requiritur, inquam, vt quis tempore testamenti conditi integra mente sit.

Atque hinc infertur 1. *ad l. qui in potestate. 6. §. furdus. h. t. n.*

Hinc infertur 2. *ad l. is cui lege. 18. in princ. h. t.*

Neque pugnat cum *d. l. 2.* textus *l. 1. §. exigit. infr. bonor. possess. secund. tab.* vt ex Duareno & Cuiacio hæc sunt declarata.

Porro non sufficit mentis integritas naturalis, sed requiritur etiam ciuilis integritas, quæ est materia *l. 4. h. t. n.* Multi enim quibus mens naturaliter integra est, iure ciuili testamenti factione destituuntur, vt seruus, filiusfamilias, banno imperiali innodatus, & plures alii. 130

Atque hæc ciuilis integritas vtroque & testamenti facti & mortis tempore desideratur: Puta, necesse est 1. vt quis sit paterfamilias vtroque tempore, *d. l. qui ex liberis. §. testamento. infr. bon. possess. secund. tab.* Necesse est, vt quis sit ciuis Romanus vtroque tempore, *l. eius qui. §. si cui aqua. h. t. n.* Vbi tamen casus l. Corneliæ excipitur.

Ergo primum requisitum testamenti sic constituendum est, quod in testatore requiratur mentis integritas tam naturalis quam ciuilis.

Neque tamen mentis integritas sufficit, nisi & testamenti factionem actiuam testator habeat. Quæ regulariter omnibus quidem competit: *h* certis autem personis est adempta, vt probat *l. 4. ibi glo. 1. quam Bald. num. 4. & Castrens. nu. 6. magistram dixere, cum textibus seqq. vsque ad l. 20. toto tit. per discur-*

h Ratio decidendi, omnia intelliguntur permissa, quæ non sunt prohibita. Et quum ille, qui regulam pro se habet, fundata intentione nitatur: sequitur, illi, qui aliquem inhabilem fuisse allegat, regulariter probationē dictandam: Præsertim quum in dubio testamentum præsumatur factum ab habēte potestatem testandi, *Mascard. libr. 3. de probat. conclus. 1353. num. 9.*

discursum. C. qui testam facere poss. Spec. tit. de instrument. edit. §. compendiose. nu. 1. vsque 7. Bart. post. Iacob. de Aret. in d. l. 4. ibi Bald. num. 4. prope fin. late Abb. ad rubr. extr. eod. latius Philipp. Franc. ad rubr. eod. tit. in 6. Rolandin. de testam. part. 1. rubr. 2. per tot. Couar. ad rubr. 3. part. num. 27. Ioann. Dilect. de arte testandi tit. 1. per tot. latissime Vasq. de successſ. progress. lib. 1. §. 1. per tot. Sim. de Prat. de interp. vlt. vol. lib. 2. dub. 1. solut. 4. per tot. Quibus porro consequens est, quod in testatore naturalis & ciuilis habilitas requiratur, *Bologn. locis pracitatis.*

Hic iam ingredimur in materiam ipsam testamenti. Substantialia singula ex ordine, DEO fauente, examinabimus. Et quia prima omnium causarum testamenti est caussa efficiens, seu testator ipse, quæremus circa primum requisitum duo: PRIMO de iis, qui testamentum facere non possunt, ob defectum Voluntatis. SECVNDO de aliis, qui alias ob causas testamenti factionem actiuam non habent. Sunt hæ materiæ distinctæ & coniunctæ. Distinctæ sunt, quia diuersæ causæ sunt, ob quas certis personis testamenti factio actiua adempta est: vt ex distinctione Iacobi de Aret. relata per Bartol. & Baldum liquet. Coniunctæ sunt, quia ad vnius tituli materiam pertinent, puta, ad *tit. C. qui test. fac. possunt. & Instit. quib. non est permiss. fac. testam.* Quapropter compilatores quoque Pandectarum hæc *in l. 4. & seqq. vsq. ad l. 20.* coniunxerunt, quæ nos quoque coniungemus. Sed ante omnia sensus *d. l. 4.* nobis est excutiendus.

131 Et vsque adeo hæc vera sunt, vt, si quærimus, an valeat testamentum, *i* inprimis animaduertere debeamus, an is, qui fecit testamentum habuerit testamenti factionem, puta, hæreditatem petis à me, *k* dicens, te hæredem institutum à Titio: Ego excipio illum seruum, aut mente captum fuisse, ac proinde factionē testamenti non habuisse. Iudicis partes erunt, vt mihi primum terminum ad probandum de impotentia testandi assignet. Quia frustra tibi probationem dictaret de testamento facto, si ille testari non potuisset. At si ego Reus in probatione defecero, tum Actoris probatio admittetur: Exceptiones enim, quæ tangunt ius personæ, ventilandæ sunt ante exceptiones respicientes ius causæ. Ita probat *tex. d. l. 4. ibi Bart. ante n. Bald. n. 1. & 2. Castr. n. 2 3. 4. concordat l. liber. 18. vbi Bart. C. petit. hæred. l. quidam. 14. ibi vt non ante iuris ratio, quam persona quærenda sit. infra de iure codicil.* m

Declaratio l. 4. h. tit. vsq. ad num. 143.

i Prius de personis, quam de rebus disputandū est. Quem ordinē secutus etiam est Gaius in institut. Verbi gratia: 1. si iudex dedit sententiam, primo quæritur de incompetentia, postea de sententia. 2. Si quis fecit instrumentum, & dicitur non fuisse Notarius, primo quæritur, an sit Notarius, postea de instrumento. 3. Si quis fecit testamentum, primo quærimus, an habuerit testamenti factionem, postea de testamento, *Castr. d. l. 4.* In Instit. suis Iustinianus id non facit, præmittit tit. de testam. postea agit de personis, quibus non permissum facere testamentum, idq; contra regulam artis, *Cuiac. d. l. 4. h. tit.* quam seruauit tamen in C. Respondet Raynald. Cors. Imperatorem non postposuisse personas, sed impedimenta personarum, *ita lib. 3. in. dagat. iur. cap. 12.* Est insufficiens solutio: Quia IC. personæ nomine nil aliud quam statum, conditionem & qualitatem atque ius personæ intellexerunt.

k Aliquis agit ex testamento. Alter excipit, quod testator fuerit seruus, *Bart. in l. liber. C. pet. hæred.* Qui casus nuper accidit in ancilla cuiusdam Doctoris. Quum enim testamento maritum hæredem instituisset: postea exceptum est seruam fuisse ein Leibeigene Person. Qua de materia infra videbimus *num.* 241. Aut excipit quis, quod testator fuerit mente captus. Quem casum ego habeo. Hæ sunt quæstiones præiudiciales ad testamentum.

l Liber nec ne fuerit testator, ante omnia disquiri debet, quum hæreditas petatur.

m Probatio hic incumbit reo: Nam excipiendo fit actor: Fallit hæc sententia notabiliter in illa exceptione inhabilitatis, quæ pendet ab exceptione non implementi: Hæc exceptio non implementi transfert probationem in aduersarium: quod thema ab aliis tractatum vidi: & ipse etiam, in caussis grauissimis bis in facti contingentia habui. *Magon. decis. Lucens. 21. num. 16. decis. 61. num. 1. decis. 69. num. 5. decis. Florent. 143. num. 3. Hier. Marlian. decis. 68. num. 5 Hartman. Pistor. libr. 1. quæst. 22. Roland. à Vall. consil. 69. num. 9. libr. 4. Cranet. consil. 151. num. 9. consil. 192. num. 15. cons. 684 num. 1.* Quæ exceptio opposita, non tantum iudicium suspendit: donec is, qui agit implementum, probauerit *Alciat. l. cum proponas. la 2. num. 27. Cod. de pact.* Sed & non probata, iudicium omnino fuit: Vnde litis finitæ exceptio dicitur: *Ias. §. actionum. num 139. Institut. de act. Mascard. conclus. 1387. num. 42. lib. 1. Vincent. Caroc. de locat. tit. de remission. num. 20. Decian. cons. 1. num. 66. libr. 3. Roland à Vall. d. consil. 69. num. 13. Cranet. cons. 127. num. 14.*

132 Dicitur hic primo exceptionem probandam. Atqui hoc iuri aduersari videtur. Actore enim non probante, Reus absoluitur. Et hoc peculiare Rei beneficium est, quod onere probandi grauari non debet, nisi Actor primo intentionem suam impleuerit. Ideo hæc cautela pro Reo est, vt à principio nihil faciat, nisi apertis primo Acto-

 ris at-

ris atteſtationibus, viderit neceſſitatem poſtulare, vt reprobatoriis vtatur teſtimoniis. *Text. cum gl. in c. ex tenore. 35. extr. teſtib. l. exceptionem. 19. cum ibi notat. C. de probat. l. qui accuſare. ibi DD. communiter. C. edendo. Bald. conſ. 406. in princ. libr. 4. Dec. conſ. 546. num. 1. Iaſ. in §. omnium. num. 112. Inſtitut. action. Caiheran. deciſ. 144. num. 15. Gabr. Roman. lib. 1. recept. concluſ. tit. de teſtib. concluſ. 21. fallent. 50.* Ergo non modò dictanda eſt Actori ante Reum probatio: ſed etiam Actoris probationes ſunt aperiendæ, antequam Reus onus reprobandi in ſe aſſumit. Reſpondet *Bart. in d. l. 4. num. 2. ibi Caſtr. num. 4.* Duplices eſſe exceptiones: Quædam enim ſunt exceptiones propriæ, de quibus traditur, quod præſupponant actionem, & ſunt actionum excluſiones: Exceptio enim eſt actionis excluſio. Hæ exceptiones non poſſunt locum habere, niſi ſit & præexiſtat actio. Vbi non eſt actio, ibi non eſt actionis excluſio. Vbi non eſt habitus, ibi priuatio eſſe non poteſt. Verbi gratia: conuenio te condict. ſi cert. pet. ad 100. quæ parenti tuo mutuo dedi. Tu excipis: tibi nil hac de re conſtare: & ſi mutuo dederim, mihi iam ſolutum eſſe. Hæ & ſimiles ſunt propriæ exceptiones, excludunt intentionem Actoris. Ergo eam prærequirunt. Niſi enim præexiſtat & fundetur primum actio de mutuo, non poteſt exceptio ſtare de ſolutione, vel ſimilis. De hiſce exceptionibus inquit Bart. & Caſtr. verum eſt: quod primum Actori, deinde Reo aſſignetur terminus probandi. At aliæ ſunt exceptiones præiudiciales, reſpicientes perſonas quę quidem exceptiones non præſupponunt actionem, ſed potius concludunt contrarium nullam præexiſtere actionem, vt eſt noſtra exceptio, puta, agis ex teſtamento contra me, proximum agnatum Titii. Excipio: illum mente captum fuiſſe, & non potuiſſe teſtari. Hæc exceptio non præſupponit actionem, neque eam excludit: ſed monſtrat potius, Actori nullam poſſe competere actionem. In hiſce exceptionibus probandis primum Reo, poſtea Actori terminus aſſignatur. De iure regula eſt: Quod Actore non probante, Reus abſoluatur. Ergo regulariter, ante Reum Actori dictatur probatio. Hic, noſter eſt caſus exceptus. Fallunt enim hæc in exceptione præiudiciali, tangente ius perſonæ, vt in noſtra materia. Sed reuertor ad regu- 133 lam: Quod Actore non probãte, Reus ſit abſoluendus. Ergo Reus regulariter non probat, niſi fundatam intentionem Actoris viderit. At in contrarium facit vulgata theorica: Quod didicitis atteſtationibus, teſtes porro ſuper iiſdem, vel directo contrariis articulis induci nequeant, vt ſunt text. *in Auth. at qui ſemel. C. probat. & in corpore, vnde ſumitur. §. quia vero.* Ex quibus fontibus hauſta ſunt iura pontificia, puta, *c. intimauit. c. fraternitatis. de teſtib. & Clem. fin. eod. tit.* Ratio decidendi eſt ſubornatio, quam iura metuunt. Ergo Reus vrgetur ad reprobationem, zu ſeiner Gegenbeweiſung / etiamſi non viderit, quid ab Actore præſtitum, vel probatum ſit. Reſpond. Reperio in hac materia tres opiniones.

I. Vna eſt, quod apertis & didicitis teſtificatis, Reus ad nullam probationem admittatur. Hanc, vt conſtat, ſequitur Electoratus Saxoniæ. Et male huc detorquetur theorica præcitata de didicitis teſtificatis, quæ in iiſdem vel directo contrariis articulis loquitur. Hac praxi Reus magna efficitur iniuria, qui cogitur expenſas in probationibus facere, etiamſi Actor nihil omnino præſtiterit. Item, hac ratione fit, vt multa iuramenta fruſtra præſtentur, multa & maxima impendia fruſtra fiant. Es werden viel vergebliche Eydt/ vnd vergebliche Vnkoſten dardurch geſtifftet.

II. Secunda opinio priori plane eſt contraria, quod Reus omnino admittendus 134 ad opponendam & probandam exceptionem ſuam peremptoriam, poſtquam aperta ſunt Actoris teſtificata, & ipſe didicit fundatam eſſe Actoris intentionem, per textum *d. l. exceptionem. cum ibi notat. C. probat.* ea ratione decidendi, quam ex interpretibus noſtris adfert *Gabr. Roman. lib. 1. tit. de teſtibus. reg. 21. limitat. 50.*

Cæterum *ad d. Auth. at qui ſemel.* vnde iura Pontificia deſumpta ſunt, reſpondent, quod ibi tantum coherceatur multiplex productio teſtium, eorum reſpectu, qui iam teſtibus vſi ſunt. Minime autem illius textus hunc ſenſum eſſe, quod Reus, qui nullos adhuc teſtes induxit, ſuas probationes exequi prohibeatur, ſi Actoris probationes iam cognorit. Imo tunc maxime admittendum eſſe ad probationem Reum. Neq; iura ſubornationem hoc caſu n vſque adeo metuunt, vt eſt, ſi iam Reus probationes feciſſet, & illis

n Quando reus ſuas probationes iam vidit, & ſe nihil docuiſſe animaduertit, meritò iura ſubornationem metuunt. Ideoque poſt ſua teſtificata didicita in prima inſtantia, non auditur ille, denuo probare volens: quemadmodum neque actor poſt ſuas probationes didicitas audiretur vlterius. Aliud certe eſt, ſi reus non ſuas ſed actoris probationes tantum viderit: Hoc enim caſu exceptionem ſuam peremptoriam probare volens audiendus erit.

illis apertis, adhuc probare vellet, *d.l.exceptionem.* Atq; ita contra Accursium & alios docet *Bald.d.consf.406.in princ.lib.4. Dec.d.consf.564.num.1. Iaf.in d.§.omnium.num.112. Cacheran.d.decif.144.num.15. Gabr.Rom.d.conclus.21. limitat.50. Cuiac.in Nouell.90. verf.male Accursius. Andr.Gail.lib.1.obseru.105.num.16. fallentia 13.* Hæc sententia verior.

Tum (1) quod textus *d.Auth.at qui semel.* ex qua iurium quoq; Pontificiorum intellectus deducitur, textui *d.l.exceptionem.* immediate cohæreat: eiusq; exceptionem proponat, ac proinde iuxta *d. l. exceptionem.* intelligendus sit de Reo, qui post didicita testium, testes produxit. Imo quod longe apertissimum est, *textus ibi & in corpore, vnde sumitur,* disertis & clarissimis verbis, de eo tantum, qui testes iam induxit, loquitur.

Tum (2) quod alioquin textus *d.l.exceptionem.* tacite corrigeretur.

135 III. Tertia opinio est inter has duas opiniones media. *o* Aut enim inquiunt DD. exceptio non est actioni compatibilis, sed eidem directo est contraria, & post didicita testificata, non admittitur vlterior probatio, puta: agit aliquis, vel aliqua matrimonium, Reus vel Rea dicit, matrimonium non contractum. Hæc exceptio se cum actione non compatitur. Ergo inquiunt DD. est probanda, antequam aperiantur testificata Actoris. At exceptio, quæ se cum actione compatitur, etiam post aperturam attestationum probari potest. Exemplum est *in c.1.de ordin.cognit.* Aliqua petit Titium in maritum, & probat contractum matrimonium. Reus excipiens de consanguinitate, post aperturam attestationum Actricis admittetur. Quia hæc actio se cum exceptione compatitur. Vtrumque enim verum esse potest: quod & matrimonium sit contractum: & tamen sponsus atq; sponsa ita sibi consanguinitate coniuncti sint, vt matrimonium consistere nequeat. Admittitur, inquam, hic probatio: quia non sumus in articulis directo contrariis. *Ita Bart.in l.2.C.sent.rescind.non poss.sequuntur Canonistæ in dict.c.1. de ordin.cognit. vbi Panorm. hanc sententiam erudite explicat, dicens communiorem & meliorem. DD.in d.Auth.at qui semel.ibi etiam Graff.in secundo termino exclusiuo.num.51. limitat.15. Cod.de probat.* Videte ad hanc materiam etiam *Constit.Elect.Saxon.part.1.cap.16.*

o Alii tamen alias distinctiones tradunt. Et extat de exceptionum probatione erudita clarissimi IC. Georgii Obrechti disputatio, ex qua thesis 54. cum aliquot sequentibus ad hanc materiam proprie spectat.

Et sic cum *Bartolo & DD.in d.l.4.hoc tit.n.* obiter declaraui regulam: Quod primum Actori, deinde Reo terminus probatorius assignetur. Declaraui etiam ampliationem huius regulæ: quod Reo probatio non sit dictanda, antequam Actoris intentio fundata est. Secundo declaraui vnam exceptionem huius regulæ: quod aliud sit in exceptionibus præiudicialibus, vbi primum Reo, deinde Actori terminus datur.

136 Quæ de iure vera sunt. Nam de facto alius vt plurimum iudiciorum stylus est.

Quinimo etsi cessante statuto, aut consuetudine, iudex de facto contrarium seruet, & neglecto hoc ordine *p* iustitiæ, vtrique parti terminum probatorium assignet, iudicium haudquaquam nullum erit: quum hæc nihil ad ordinem iudicii substantialem pertineant: *Bart. d. l. 4. num.3.ibi Bald.n.4.* etsi male iudices faciant, qui sic procedunt, *Bart.in l.liber.prope fin. C.petit.hæred.* Vt proinde Castrensis appellari posse existimet loco præcitato, etsi textũ *c.exhibita.19. extr.iudiciis.* quo Baldus & ille perperam mouentur, rectius Panormitanus in emergente quæstione ibi intellexerit.

p Ordo in iudiciis duplex est: ordo substantialis, sine quo nullum iudicium consistit, & ordo iustitiæ, *Maran.de ord iudic.part.2.num.21.cum seqq. Vant. de nullit. sub rubr.quid sit nullitas. num.29. & rubr.de nullitate ex defectu processus. num.1.cum seqq. Asin.in praxi §.1. cap.1.num.25.* Ordinis substantialis omissio, vel præposteratio vitiat: omissio ordinis iustitiæ non vitiat, nisi naturalem iustitiam concernat, id est, partis defensionem & causæ cognitionem. Ita rescribit *Imp.Alex.in l.4.C.sent.& interl.omn iud.* Prolatam à præside sententiam, contra solitum iudiciorum ordinem authoritatem rei iudicatæ non obtinere certum est. Dicit *gloss.ibi*, ordinem iudiciorum esse, vt offeratur libellus, lis contestetur, iuretur de calumnia, depositiones testium conscribantur & publicentur, sententia scribatur, & à iudice proferatur. Qui ordo, inquit, si peruertitur, non valet sententia. Vt si primo iuretur de calumnia, deinde litis contestatio fiat.

137 Disputamus nunc de sensu *l.4.h.tit.n.* Vbi Caius IC. dixit: si quæramus, an valeat testamentum, inprimis animaduertere debemus, an is, qui fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem. Deinde, si habuerit, requiremus, an secundum regulas iuris ciuilis testatus sit.

Exempla proponunt DD. in iudice, in Notario, in testatore. Nam ante omnia de iure personæ, testatoris videlicet vel alterius, constare debet.

Porro si primum disputamus de iure rei, id est, de testamento: præposteratur ordo iustitiæ: partes vexantur inanibus sumptibus, & frustra præstantur iuramenta.

Obseruandum tamen *d. l. 4.* aliquot notabiles declarationes recipere.

1. Prima est, vt ordo l. nostræ nil curetur, vbi aliud stylo receptum est.

2. Secunda est, vt hæc præposteratio non annullet iudicium: quum non concernat ordinem substantialem, sed ordinem iustitiæ. Quum autem pars prægrauetur, appellare potest.

3. Tertia est, quod exceptio hæc non dilatoria, sed peremptoria sit, & incidens. Ergo non inter primordia litis, sed post litem contestatam proponenda, & ante omnia discutienda est. Dissentit autem Bartolus *in l. liber. C. petit. hered.* hanc exceptionem non secus ac aliam priuilegiatam ad Processum opponi posse existimans. Et licet de hac sententia dubitet *Imola in l. 4. num. 2. h. tit. n. per cap. 1. de lit. contest. in 6.* Bartoli tamen opinio æquissima est, & ad lites minuendas facit.

4. Quarto procedit hæc exceptio de inhabilitate testatoris intentionem Actoris de iure testamenti, quo ad cognitionem, non quo ad pronuntiationem. Hæc enim exceptio ante quidem discutitur: sed potest vna sententia cum causa principali definiri, licet interdum ante definienda sit.

Et quia mentionem feci de exceptionibus emergentibus & incidentibus, obseruandum, Hugolinum antiquum glossatorem docere, quæstionem incidentem esse peremptoriam emergentem dilatoriam. 138

Iacob. de Rauenna exceptioné incidentem esse dixit, quæ causam seu merita respicit. Emergentem, quæ non respicit caussam principalem in se: sed concernit Processum & ordinem litis. Hæc *Cyn. in l. 1. num. 8. C. ordin. iudic.* Et licet *Menoch. in loco relato* aliquot opiniones referat: Tamen Rauennatis sententia certa & vera est. Vnde intelligitur, nostram quæstionem esse incidentem: quum merita caussæ tangat. Est enim habilitas testatoris inter testamenti substantialia. Si ergo merita concernit, post litem contestatam discutienda erit: Idque secundum Curiarum stylum receptum, etsi Bartoli contraria sententia æquior sit & multo melior.

Deinde ex hac differentia exceptionum emergentium & incidentium alia sequitur diuersitas. Nam si emergentes Processum concernunt, statim quum proponuntur decidendæ sunt, neque possunt differri vsque ad definitionem causæ principalis. At incidentes differri possunt, exceptis certis casibus: quum in principali causa, & in sententia, quæ super principali causa fertur, includantur.

Deinde hæc solummodo procedunt, quo ad cognitionem, non quo ad pronuntiationem. Hæc enim exceptio inhabilitatis testatoris merita causæ principalis respicit, & peremptorie post litem contestatam proponitur, *Bart. d. l. 4. numer. 1. Bald. num 2. Castrens. num. 4.* Vt proinde incidens sit, *Bart. Bald. Castrens. loco pracit. ibi Imol. num. 2.* Legistæ communiter *in l. 1. ibi Cyn. numer. 8. Bart. num. 5. Castr. num. 2. & reliqui. C. ord. iudic. Glossa solennis in cap. 1. ibi Canonistæ. extr. ordin. cognit. Menoch. de arbit. iud. lib. 1. quast. 45. Idem libr. 2. cent. 2. casu 147. numer. 4. 5.* licet fluctuet *Bart. in dict. l. liber.* Cui porro consectarium est, vt vna pronunciatione *q* cum causa principali definiri queat: Sic enim emergentes & incidentes quæstiones inter se differunt, vt illæ (puta, si exceptum sit, quod sis iudex incompetens: *r* quod non possis esse Procurator: quod libellus sit ineptus: quod dilatio concedi non debeat, &c.) ante omnia decidendæ sint expresse aut tacite, *addit. ad Bart. d. l. 1. num. 8. ibi Bald. nu. 11. Castr. nu. 9.* qui tamen distinguit, *C. ord. iudic.* Quam distinctionem repetiit *d. l. 4. n. 5.* Omnes ita tenere dicit *Cæsar Contard. l. vnic. limit. 2. §. 4. n. 16. C. si momen. poss. f.* reseruari autẽ vsq; ad decisionẽ causæ principalis nequeant, vt perperam *in d. c. exhibita.* factum fuerat: quia 139

q Exceptum est, quod testator fuerit mente captus, quod seruus: cognoscere potest iudex de ea exceptione: potest & pronunciare ante omnia. Sed non cogitur id facere. Nã decisa quæstione principali, deciditur & hæc incidens. Verbi gratia, si iudex pronunciat testamentum validum, exceptio reiicitur: si pronunciat inutile, exceptio admittitur.

r Quando exceptio declinatoria per processum ad vlteriora reiecta intelligatur, distinguendo explicat *Petr. Foller. e contract. censuariis. §. vi. vides disertissime lector. num. 21.*

quia contrarietas *s* resultaret, si iudex earum determinationem eo vsque reseruare vellet: hæ *t* non item: quum earum decisio de necessitate contineatur in sententia decisoria causæ principalis. Ita Bulgari & Martini atque Petri contrarias opiniones post Ioannem & Azonem inter se recte componunt, *Specul. remissiue. tit. de incidentibus quæstionibus. num. 2. DD. in d. l. 1. ibi eleganter præ cæteris Cyn. numer. 8. Bart. num. 5. Bald. num. 10. & sequ. Castr. num. 2. & seq. C. ordin. iudic. Bart. Bald. & Castr. in dict. l. 4. h. tit. n. Idem Castr. in l. qui prior. num. 3. supr. de iudiciis. Panorm. in cap. exhibita. mihi colum. 5. versic. & licet Dominus Antonius hic. extr. iudiciis. glo. & DD. in cap. 1. ibi eleganter. Panorm. mihi col. 5. vers. venio ad secundam partem extr. ordin. cognit. Menoch. de arbitr. iud. lib. 1. quæst. 167. per tot. omnium nouissime de hoc iuris articulo luculente disseruit Pacian. de probat. lib. 1. cap. 58. per tot. lib. 1.*

s Exceptiones emergentes nō possunt reseruari vsq; ad sententiam definitiuam: Quia resultat contrarietas. Excipio, quod nō sis procurator: pronunciandū est ante omnia expresse vel tacite. Si iudex reseruaret illū punctum cum principali causa decidendum, esset sibi contrarius: Nam procedendo ad vlteriora admitteret eum, & si postea illum repelleret, sibi contrariaretur. De emergente pronunciandum: quia non continetur in sententia: & iudex reseruans talem punctum, sibi est contrarius. At tacite etiam pronunciasse intelligitur, si transit ad vlteriora. Est communis, licet distinguat Castrensis. Ratio communis opinionis est: quod sententia stare nequeat, nisi intelligatur pronunciatum. At de incidentibus non est pronunciandum: quia eorum decisio continetur in sententia definitiua: & superflua non sunt facienda.

t Agis ex testamento: aliquis excipit de inhabilitate testatoris. Non necesse est, vt iudex statim pronunciet.

140 Hæc tamen sententia, quod iudex ex communi DD. sententia, super incidenti quæstione ante definitiuam pronunciare non cogatur, declaratur I. Nam si iudex vult, pronunciare vtique potest, *Bart. d. l. 1. nu. 8. Bald. qui distinguit, num. 11. 13. Menoch. d. q. 167. num. 6.*

Quinimo pronunciare cogitur, si ius exceptionis præiudicialis altiorem indaginem non requirat, sed notorium sit, & manifeste pateat testatorem seruum, mente captum, aut alias ad testamenti factionem inhabilem fuisse. Ad iudicis enim officium pertinet, vt calumniantium iniquitates expellat, & prouideat, ne partes inanibus sumptibus & litibus vexentur: Quod fieret, si inhabilitate testatoris notoria, ipse nihilominus de iure testamenti disputationes inutiles admitteret. Porro iudiciale examen ad causas dubias pertinet. *Specul. tit. de appellat. §. nunc dicemus nu. 4. vsque 10. Maran. de ordin. iud. part. 6. in materia appellationis. num. 182. 186.* Ita appellationem notorie nullam aut friuolam iudex non admittit. *Specul. & Marant. locis relatis. Vestrius in Isagog. lib. 8. cap. 4. num. 16. ibi Grauat. in addit. num. 27. Manfred. de attent. lib. 2. conclus. 2. Cæs. Contard. ad l. vnic. quæst. 4. nu. 11. cum seqq. C. si de moment. possess.* idemq; de attētatorum remedio, noui operis nunciatione, aliisque omnibus iuris est. Et hoc quidem sensu Bartoli doctrinam in *d. l. liber.* verissimam arbitror: quod exceptio inhabilitatis & omnis ea, per quam concluditur, Actori ipso iure non competere actionem, exceptio etiam inter primordia litis, ad Processum opponi possit: quum in notoriis fere à regula iuris recedatur, *Specul. tit. de notor. crimine. in rubr. num. 1. 2. & §. fin. num. 11. 12. 13. 14. Bald. in l. ea quidem num. 43. C. accus. Bald. in l. cum fratrem. num. 3. 4. 5. C. his quib. vt indign. Gram. decis. 36 nu. 45. decis. 105. num. 16. Afin. in sua praxi §. 23. cap. 6. limit. 17. num. 2. VVesenbec. cons. 2. num. 60. cap. manifesta. & c. de manifesta. 2. q. 1.*

141 II. Declaratur. Nam pronunciare iudex super incidenti quæstione cogitur, si aut ea concernat Processum atque merita causæ simul, & non ad iustitiam, sed ad impediendum Processum opponatur (vt sunt rei iudicatæ, transactionis, iurisiurandi, præscriptionis exceptiones, *cap. 1. de lit. contest. in 6. Cyn. in d. l. 1. num. 8. ibi Bart. num. 6. 7. 8. Cæs. Contard. d. l. vnic. limit. 2. §. 4. num. 16. cum seqq.* quorsum Bartolus sibi contrarius etiam materiam *d. l. 4.*

refert in d. l. liber. cuius sententiam dubiam dicit *Imola* u *d. l. 4. num. 2. per. c. 1. de lit. contest. in 6.*) aut concernat merita x quidem per se, Processum per accidens, vt quia opponitur exceptio defectus natalium, aut alia, quam iudex secularis expedire non possit. Tunc enim præiudicat Processui: Quia secularis supersedere cogitur, donec incidens quæstio expediatur per Ecclesiam, *c. pen. extr. ord. cognit. Panorm. d. c. 1. eod. tit.*

u Sunt certæ peremptoriæ, quæ opponi possunt ad processum. Inter quas hæc non recensetur ibi. Vsus tamen fori habet, vt ne priuilegiatæ quidē exceptiones ad processum opponi possint, nisi apertæ sint, altiorem indaginem non requirentes, *Petr. Foller. de contract. censuariis. d. §. vt vides. num. 23. Medic. de compens. qu. 31. num. 8. Redoan. de spol. Eccles. qu. 13 num. 27. Fr. Accept. de sentent. definit. num. 25.* Idem de nostra dixerim, vt si altiorem indaginem non requirat, non secus ac alia priuilegiata, ad Processum opponi possit, si requirat altiorem indaginem, non possit opponi, nisi in vim peremptoriæ.

x Exceptiones mixtæ duplices: Aut proprie sunt tales, vt iurisiurandi, transactionis, rei iudicatæ. Quorsum Bartolus omnes refert, quæ monstrant, actori ipso iure non competere actionem. Aut improprie sunt mixtæ: sed ideo dicuntur mixtæ, quod ad alium iudicem pertineant, quam ad eum, qui causæ principalis iudex est. Vt proinde per tales exceptiones processus impediatur, licet proprie merita concernant.

III. Declara, vt iudex pronunciare non cogatur de quæstione incidente, id est, tali, quæ se cum principali causa non compatitur, sed ei contrariatur. Huiusmodi enim exceptiones in sententia causæ principalis continentur: Vt proinde refricari nequeant, etsi expresse decisæ non sint, *Bart. d. l. 1. nu. 3. ibi Bald. num. 13. Castr. n. 8. C. ord. iudic. Bart. & alii l. si autem. § fin supr. negoc. gest. Guilh. Mainer. l. res iudicata. num. 12. infr. reg. iur. Gabr. Rom. lib. 2. recept. conclus. tit. de exception. reg. 1. fallent. 7. num. 23.* At aliud est in incidente quæstione, quæ cum principali causa se compatitur, & propterea in sententia necessario non continetur. Talis enim, licet non ante omnia, attamen expresse definienda est: quum alias exceptio rei iudicatæ non obstet, sed ea exceptio omnino in alio iudicio agendo resuscitari denuo poterit, nisi diserte à iudice reprobetur, & super iure illius incidentis exceptionis clare & directo pronunciatum sit. *Textus expressus & singularis l. quod in diem. 6. §. fin. ibi, quasi non existente debito. supr. compensat. Imol in cap. 2. n. 28. de ordin. cognit. Felin. c. suborta. n. 3. 4. de re iudic. Dec. cons. 96. nu. 1. Boer. decis. 44. n. 2. Bart. & DD. l. 1. C. ordin. cognit. Cas. Contard. ad l. vnic. limit. 2. §. 6. nu. 4. 5. 6. 7. Bologn. ad l. naturaliter. §. nihil commune. num. 54. vers. secundo opponit vsque 64. infr. acquir. poss.* Et hanc communem dicit *idem Bologn. l. qui Romæ. §. duo fratres. num. 82. & num 90. infr. verb. obligat. Gabr. Rom. lib. 2. recept. conclus. tit. de except. reg. 2. num. 13. 14. 15.* 142

Dixi ad *l. 4. b.* quæstiones seu exceptiones esse duplices, emergentes, quæ ad Processum spectant, & ad Processum impediendum opponuntur: Incidentes, quæ ad merita causæ pertinent, & peremptorie ad causam opponuntur. Quædam sunt etiam mixtæ.

Differunt hæ exceptiones.

1. In proponendo: Quia exceptiones respicientes merita, seu incidentes proponendæ post litem contestatam. Ita de nostra exceptione inhabilitatis sensere DD. communiter *d. l. 4.* Aliud in emergentibus.

2. In pronunciando, quia iudex statim cogitur sententiare super emergentibus, vt euitetur contrarietas. At incidentes quæstiones in decisione causæ principalis continentur. Puta, Actum est ex testamento: Reus excipit de testatoris inhabilitate. Hæc incidens exceptio vna cum causa principali deciditur, & in decisione causæ principalis continetur. Nam si iudex pronunciat, testamentum esse validum, in necessariam antecedentiam reiicitur exceptio inhabilitatis. Si pronunciat, testamentum nullum esse, in necessariam admittitur exceptio incidens.

Hæc tamen sententia, quod iudex non cogatur expresse, aut etiam ante omnia pronunciare super incidenti quæstione, tribus modis limitatur.

PRIMA limitatio est, si ius exceptionis incidentis sit ita manifestum, vt altiorem indaginem non requirat. Nam in notoriis recedimus à regula iuris. Et sic saluari potest opinio

opinio Bartoli *in d.l. liber.* qui existimauit, exceptionem nostram ad Processum quoque opponi posse.

SECVNDA limitatio est de exceptione, quæ non simpliciter incidens, sed etiam emergens est. Talem putat exceptionem nostram esse *Bartolus in dict. l. liber.* licet aliud *in d.l.4.* senserit. Imo huc Bartolus omnes exceptiones refert, per quas concluditur, Actori ipso iure non competere actionem, id est, nullam præexistere actionem. Ita enim Bartolum sensisse constat, quod etiam refert *Ioann. de Imola d.l.4. num.2.h.tit.n.* Et stylus quidem Curiarum est contra Bartolum, (Nam etiam exceptiones mixtæ, altiorem indaginem requirentes, post litem contestatam examinantur.) Sed eius opinio æquissima est, litium expeditioni fauens.

TERTIA limitatio est de incidente, quæ se cum principali causa comparitur. Nam nisi de tali exceptione diserte iudex pronunciet, ea haudquaquã decisa esse existimabitur: sed in alio iudicio denuo poterit excitari, nil obstãte rei iudicatæ exceptione.

Bald. in d.l.1. num.11. & seqq. videtur addere quartam fallentiam, si scilicet quæstio incidens sapiat reconuentionem & impugnationem.

Ita puto sufficienter declaratam *l.4. hoc. tit.* primum quærendum de iure personæ, quam de solennitate actus.

Nunc reuertemur ad materiam requisiti primi. Dixi requiri ad substantiam testamenti, vt testatoris Voluntas sit naturaliter & ciuiliter ad testamenti factionem habilis: vtque testator habeat testamenti factionem actiuam.

Mouent interpretes quæstionem: Quomodo iure certis personis interdicta sit testamenti factio: cum testamenta iuris gentium sint: & ea, quæ sunt iuris gentium, iure ciuili prohiberi nequeant? Responsio plana est, 1. testamenta esse iuris gentium origine, non forma. 2. Deinde ea, quæ iuris gentium sunt, ex certis causis restringi & auferri. Ita aufertur dominium alicui. Ita prohibetur emptio & venditio ex caussa, &c. *Cuiac. ad d.l.1. prope fin.* testamenta dicit esse iuris gentium, testamentorum confectionem iuris ciuilis, dixi supra.

143 Et ex hoc requisito infertur I. impuberes, quum nullum eorum animi iudicium sit, testamenta facere non posse, *l. qua ætate. 5 ibi DD. h tit. n. §. præterea. ibi DD. Instit. quib. non est permiss. fac. test. l.4. C. qui test. fac. poss. l. fin. ibi DD. C. test. milit. Specul. tit. de instrum. edit. §. compendiose. numer. 4. vers. septimo impubes. Philip. Franc. ad rubr. vers. primo prohibetur impubes. Dilect. de arte testandi. tit.1. caut.5.* y *Vasq. de success. progress. lib.1. §.1. num.104. & seq. Petr. Gregor. in syntag. iur. part.3. lib.42. cap.8. num.3.*

Amplia 1. hanc illationem, vt procedat etiam in pupillo doli capace, z *DD. in l. fin. C. de testam. milit.* Et quis doli sit capax, explicat *Menoch. de arbit. iud. lib.2. cent.1. casu 57. num.41.*

Amplia 2. in testamento ad pias causas. Quæ est communis, *Clar. §. testamentum. q.5. num.3. Petr. Gregor. loco præcitato.*

Amplia 3. vt ne rescriptum quidem Imperatoris teneat, in quo pupillo testandi facultas tribuitur, *Bart. & Bald. in leg. rescripta. ibi Ias. numer. 10. 11. C. precib. imper. offer.* nisi sit doli capax, *Ias. loco præcitato numer. 12. Dilect. dict. caut. 5.* aut proximus pubertati, *Bart. in leg. qua ætate.* a *numer. 6. h. tit. nostro.* Et quis dicatur pubertati proximus, ample declarat *Menoch. d. casu 57.*

144 Amplia 4. vt idem sit tutoris authoritate accedente *l.1. §.1. infr. tut. & rat. distr.* b In hoc enim testamentum à contractibus differt, quod sit iusta sententia voluntatis nostræ, non alienæ: quum ab alieno arbitrio pendere nequeat. Tum vis testamenti confertur in tempus, quo tutor futurus non est: quum morte pupilli, finita tutela, tutor esse desinat, *Duaren. ad tit. n. hic sub rubr. de his qui testam. fac. poss.*

Amplia

Declaratio l. qua ætate. 5. hoc tit. vsque ad num. 147. Nepos à Monte Albano de excepti. cap. 20 num.16. quindecim personas testari nõ posse dicit.

y Ille duas cautelas proponit, quib. fieri posse dicit, vt impubes testetur: 1. Vna est, si sit doli capax, & habilitetur ab Imperatore ad testandum. 2. Si iuret. Sed dici iure communi, quod hoc membrum, facile cõtrarium posse defendi.

z Vide cumprimis *Dec. in d.l. fin. C. testam. milit.*

a Bartoli doctrina *in l. qua ætate. infr. h. tit. n.* est solennis, *ibi de impuberibus. num. 6.* tenet, statuto induci posse, vt testamentum faciat impubes, qui est pubertati proximus.

b Pupillus omnia negocia recte contrahit, authoritate tutoris intercedente. Non sic est in testamento, quod non potest ab alieno arbitrio pendere.

Amplia 5. in casu *l. si filiusfamilias. 19. h. tit. n. & d. §. præterea. verſ. nec ad rem pertinet.* c *Duaren. loco præcitato.*

c Non valet testamentum impuberis, licet postea fiat pubes. Quia quod ab initio nullum est, tractu temporis non conualescit.

Amplia 6. in casu *l. fin. C. testam. milit.* Nam etsi antiquæ leges permittebant pupillo, vt sibi faceret testamentum, si esset tribunus numerorum, id est, militum, quasi dignitate militari supplente ætatem: id tamen Iustinianus abrogauit *in d. l. fin.* Neque dubium est tribunatum numeri & alias dignitates militares impuberi, maxime ex illustri familia profecto iam olim mandari potuisse: quum maiores natu vicarios adiutores, consiliarios habuerint, licet id alii in dubium reuocent. Videatur autem *ad d. l. fin. Rebuff. in tract. de nominat. qu. 9. num. 65. Rauard. lib. 4. de ambiguit. iur. cap. 8. Corras. lib. 5. Miscel. cap. 22. Cuiac. lib. 17. obseruat. cap. 38.* 145

Sententia *l. fin.* manifestissima est, licet de ea controuersiam moueat *Rauard.* Verba textus sic habent: Licet antiquis legibus permittebatur pupillis, si tribunatum numerorum merebantur, (aut vt vulgata exemplaria legunt, si tribunatus numerum merentur) vltimum elogium conficere posse: Attamen indignum nostris temporibus esse videtur, &c. Corrigit ergo Imp. ibi Iustinianus ius vetus.

Constat autem quid sint numeri, id est, cohortes vel legiones. Tribuni ergo numerorum, sunt tribuni militum.

Ræuardus tamen controuersiam excitat, putat legendum, tribunatu in numerorum. Vt sensus sit: pupillum, qui sub tribunatu militet, antiquo iure potuisse testari.

Nullam producit ille huius correctionis authoritatem codicum: sed adducit rationem: quod verosimile non sit impuberi tribunatum numerorum iam olim commissum fuisse.

Illum Cuiacius suppresso nomine erudite refellit: Et docet impuberi ex illustri familia profecto, multo facilius commissum tribunatum, quam vt alii pupillo militare permitteretur: Quum per Vicarios suos talia officia administrarint.

Et hæc sententia profecto verissima est.

Sæpe pueri reges facti sunt:

1. Alexander Seuerus 12. annos natus, Imperator est creatus.

2. Hinricus IV. à Nicolao 2. Papa coronam accepit, & aliquot annos regnauit sub tutela matris.

3. Hinricus VI. filium Fridericum adhuc infantem de sententia Electorum Imperii successorem habuit.

4. Gordianus pubes quidem, sed tantum 16. annorum, Imperator factus est, consilio soceri Misithei imperauit.

5. Electores & principes Imperii perpetuo Cæsari & Imperio militant: dignitates tamen eorum hæreditariæ sunt: & interdum per ipsorum proximiores agnatos administrantur.

Ita in Electoratu primogenitus succedit, & primogeniti filius, excluso patruo. Quod si ille 18. annos adhuc non attigerit, Electoratus administratur per alium. Et ita litera canit in aurea Bulla Caroli IV. sub rubr. von der Churfürsten nachkommen wegen. Ob die Männlich redlich Erben vnd Leien von alters wegen brechhafft weren / so soll der ander Bruder desselben erstgebornen Sohn / Verweser vnd Vertretter seyn / als lang biß der älter vnder jhnen zu seinen Tagen vnd rechtem Alter kompt / daß an einem Churfürsten seyn soll / nemlich 18. Jahr / &c.

Exemplum nuper habuimus in Electoratu Palatinus, cum Friderico IV. moderno Electore, adhuc intra XVIII. annum ætatis agente, D. Ioannes Casimirus, &c. patruus, Electoralis Palatinatus Administrator esset. Bodinus tamen puerorum & fœminarum dominatus infelices esse contendit, *de Republ. lib. 6. cap. 2. fol. 672. & cap. 5. fol. 738.* Pro quo facere videtur authoritas *Ecclesiast. cap. 10. verſ. 15.* Væ tibi terra, cuius rex est puer & cuius principes, id est, optimates mane comedunt, id est, diem à voluptatibus & luxu inchoant.

Sed si regale ciuitatis genus illud optime constitutum est, quod non à suffragio & electione, sed à stirpe clarissima ducitur: vt ille idem *lib. 6 de republ. c. 5.* recte affirmat: non possunt puerorum dominatus excludi, vt ille idem affirmat *lib. 4. c. 4. fol. 435.*

Deinde

Deinde si seriem Cæsarum à Caio Iulio vsq; ad Carolum Magnum inspexerimus, paucissimorum administrationem felicem fuisse deprehendemus.

Ita si reges Israel à Ieroboamo vsque ad dissipationem decem tribuum intueamur, bone DEVS, quantum reperiemus confusionum. Vt interim omittam dominatus puerorum & mulierum, quam plures laudabiliter administratos.

Porro Ecclesiastes in loco relato non agit de rege puero, qui ætate puer sit: (Quorum dominatus sæpe feliciores sunt quam aliorum: quando per optimates laudabiliter res regni administrantur: vt docet exemplum Ioas, qui anno ætatis septimo rex Iudah factus est: Ioiada autem summus Pontifex regnum administrauit laudabiliter: fuitque regis dominatus felicissimus, quamdiu vixit Ioiada. Quam tristis autem mutatio illum statum postea sit consequuta, apparet ex 2. Paralip. cap. 22. 23. 24. Videatur & 1. Regum cap. 11.) Sed loquitur de rege, qui sensu & moribus puer est. Idq; Mercerus ibi ex antithesi versus sequentis ostendit. Sic enim versu 17. Ecclesiastes concionatur: Beata tu terra, quum rex tuus est filius nobilium, & principes in ipso tempore comedunt propter fortitudinem, & non propter potationem. Filium nobilium & generosorum nominat, qui generosa est stirpe & indole, qui claris prognatus est parentibus, & ab illis liberaliter institutus est in timore Domini & præceptis regni administrandi. Ita Mercerus & Theodorus Beza illum locum recte explanant.

Vnde intelligitur, rationem, quæ permouit Ræuardum, vt textus nostri lectionem emendandam putaret, nullius momenti esse.

146 Declara hæc 1. Nam statutum valet, quo impubes doli capax ad testamenti factionem habilitatur, *DD. in dict. l. fin. ibi late Dec. C. testam. milit. Angel. in tract. de testam. in princip. num. 13. 14.*

Declara 2. hanc illationem. Nam licet olim de pubertate contentio fuerit inter Cassianos *d* & Proculianos, illis ex habitu corporis & ex nuptiis, his vero ex annorum numero pubertatem definientibus: Et pontifices, quum de matrimonio agitur, Cassianos sequantur: *in cap. puberes 3. extr. de despons. impub.* in testamentis tamen Proculianorũ sententia recepta est: maxime quum inuerecunda corporis inspectio sit, *l. fin. C. quan. tut. vel curat. esse desin. text in prin. & §. 1. Instit. quib. mod. tut. fin. Duaren. ad tit. n. h. sub rubr. de his quæ testam. fac. poss. versic. superius diximus quosdam prohiberi testam. facere, &c Iacob. Rauard. lib. 4. ambiguit. cap. 8. Anton. Hotoman. in Dialogo de barba. mihi fol. 8. Auth. differ. inter ius ciuile & Saxon. lib. 2. differen. 6.*

d Sub Flauio Vespasiano maxima contentio inter iuris professores viguit. Et qui Cassianorum atque Proculianorum historiam scire vult, ille videat Cõtium *lib. 1. lect. cap. 12.* & indicem historiæ Hotom. in Flauio Vespasiano.

e Luculente hac de re differit Tertullian. *de resurrectione carnis. cap. 5. 6. 7.*

Etsi corpora nostra multis modis nunc conspurcata sunt: eorum tamen maior præstantia & dignitas est, *e* quam vt quisquam nostrum eam satis mente concipere queat. Formauerat IEHOVAH DEVS (ait diuinus Moyses *Genes. c. 2.*) hominem è puluere terræ. Est ergo humani corporis structura, fabrica & opificium summæ Trinitatis. Et diserte scriptura pronunciat, corpora fidelium esse membra CHRISTI, & templa Spiritus sancti, qui in eis habitet. Non ergo scurriliter, sed grauiter, vt iuris & iustitiæ sacerdotes decet, de his philosophemur. Libellus Hotomani paruus est. Locus autem, quem adduco, extat *fol. 8. in editione Plantiniana, Anni* M. D. LXXXVI. Ræuardus Imperatorem nostrum cum suo Theophilo tanquam omnino bardos & plane stupidos homines in reprehensionem vocat: quod crediderint, iam olim corpora adolescentum fuisse inspecta. Ipse rem aliter interpretatur ex habitu corporis, id est, ex vigore, ait, fuisse iudicatum de pubertate: & ad hoc quædam loca profert. Censet ergo, nunquam veteres Romanos ita inuerecundos fuisse vt talia in suis permitterent: & eius sententiam, vt ex præcitata differentia apparet, alii etiam imitantur. Ego de his cum nemine contenderim, adduxi propterea Antonium Hotomanum, vt illius etiam sententiam hac de re exploretis. Ille constanter sentit, corpora fuisse inspecta. Et Theophilo plus de antiquitate iuris Romani exploratum fuisse, credibile est, quam Ræuardo homini nouo. Sed sequatur quilibet quod volet. Qui plura de barba & de capillis scire desiderat, is legat Hotomanum loco præcitato, Petrum Martyrem *in libr. Iudic. c. 13.* & latissime Rodolphum Hospinianum de origine Monachatus *lib. 3. cap. 9. Georgium Pictorium lib. 3. Philologiæ cap. 7.*

Ergo in masculis quartum decimum, in fœminis vero duodecimum annum

Duo hic notanda: I. Neque Gregorium, neque alios DD. exceptis recentioribus, quos adduxi, satis rationes decidendi ad rem propositam explicare. Illi præcipue respectum habent ad voluntatem non liberam filii. At præcipua causa est patria potestas: Vnde non libera Voluntas filii deducitur. Si sola hæc, aut præcipua ratio esset, (non libera inquam filii Voluntas) tum nihil obstaret, quin patre consentiente, filius testaretur: quemadmodum patre consentiente, mortis causa donat. Notetur ergo veram & principalem rationem esse patriam potestatem, vnde reliquæ deducuntur. Gregorius & cæteri non excludunt patriam potestatem: sed rem nō satis dextre explicant. II. Notetur, Gregorium impertinenter huc adducere *l. velle. 41. infr. reg. iur.* Is enim textus non in genere de filiofamilias, sed de eo peculiariter: qui patris imperio obsequitur, disponit. Si pater filio mandet, vt delictum aliquod (non enorme) committat: tum quidem ille filius delinquens velle non creditur. Ita textus verba clare habent: Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini. Ponderetur verbum, qui obsequitur, id est, qui aliquid facere iussus, patris iussui & imperio paret. Et ita etiam *Bulgar. ibi, & omnes DD.* textum per se satis clarum accipiunt: Licet hoc verissime dicatur, nullam esse filii Voluntatem iure ciuili, in patris præiudicium.

Huic porro rationi aliam DD. coniungunt: quod testamentum sit dispositio de bonis testatoris: quum filius, quo ad liberam administrationem, præter castrensia & quasi castrensia bona, nihil habeat, *Bald. d. l. senium. num. 6. Vasq. d. §. 1. num. 7. & 50. Cuiac. d. l. qui in potestate.*

Amplia hanc illationem I. in peculio profectitio & aduentitio, *Rolandin. de testament. 1. part. rubr. 1. nu. 1. Dilect. de arte testandi, tit. 1. caut. 1. num. 1. Benedict. cap. Raynutius. part. 1. verb. matrem nomine Cleram. numer. 11. extr. de testament.* 149

Amplia 2. Nam filiusfamilias ne quidem consentiente patre, testari poterit, *dict. l. qui in potestate. & text. in princ. d. tit. Inst. Ita omnes in d. l. pen. late Clar. d. quæst. 18. num. 1. & 2. Ang. in tract. de testam. in princip. num. 34. Dilect. d. tit. 1. caut. 1. numer. 1. Benedict. d. verb. matrem insuper nomine Cleram. num. 16. Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 1. nu. 4. Alphan. in reportat. num. 198. Graff. d. §. testamentum. q. 33. num. 1.* Tum quod testamenti factio non priuati, sed publici iuris sit: hoc est, non à priuato aliquo, sed à sola lege concedi possit, *l. testam. 3. inf. eod. DD. locis relatis. Bald. in d. l. senium. nu. 2. Cuiac. d. l. qui in potestate. Hotoman. in princ. Instit. quib. non est permiss. fac. test.* Tum quod patria potestas ipsa quoque publici iuris sit: Vt proinde nudo consensu pater eam à se abdicare non possit: Quum certi tantum modi in iure existant, quibus patriæ potestatis ius soluatur, *Bald. d. l. senium. num. 2. ibi Castr. num. 9. latissime Ascan. de patria potestate, cap. vlt. per tot.*

Amplia 3. vt pater non possit filium emancipare ad solum actum testandi: quum filius in duplici statu contrario, tanquam paterfamilias scilicet, quo ad actum testandi, & filiusfamilias quo ad alios actus esse non possit: sicut etiam nemo pro parte seruus, & pro parte liber est, *leg. si tibi* x *34. supr. de adopt. l. 1.* y *in fine prin. C. latin. lib. tol. l. si pariter. 9. in fin. l. duobus 30. infr. lib. caus. l. libertas.* z *31. l. ideoque 34. infr. manum. testament.* 150

x Si tibi filius in adoptionē hac lege datus sit, vt post triennium eundem mihi in adoptionem des, quæsitum est, an actio vlla sit. Et Labeo putat, nullam esse actionem. Nec enim moribus nostris conuenit, filium temporalem habere, &c. Bonum argumentum à tempore ad rem. Vt quis non potest esse filius ad certum tempus: ita neque quo ad certos actus. Videatur pro intellectu *Molin. l. 1. §. sed si mihi. num. 56. infr. verb. obligat.*

y *L. vnic. in fin. prin. C. latin. lib. toll. l. si pariter. & l. duob.* sunt text. expressi ad hoc: quod nemo possit pro parte seruus, & pro parte liber esse. Et sic hæc iura sunt aperta ad hoc, quod status personæ indiuiduus sit.

z Textus *l. libertas. & l. ideoque.* sunt aperti ad hoc, quod libertas ad tempus dari nequeat. Est bonum argumentum à tempore ad rem.

Nam eodem tempore esse in potestate, & esse sui iuris, non potest fieri nisi ex fictione: quam sola lex inducit, non homo priuatus. Ita sensit *Bald. in dict. l. senium. num. 7. ibi copiosa additio. & Castr. numer. 9. Dec. num. 12. ibi additio.*

additio. Ascan. de patr. potest. cap. vlt. num. 62. & num. 98. Et hanc sententiam veriorem & Communem dicit *Benedict. d. verb. matrem insuper nomine Cleram. num. 27. Matt. Boys in addit. ad Nattam. c. quamuis. part. 1. nu. 4. de pact. in 6.* Pro qua faciunt rationes Vasquii *de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 25. vsque 29.* licet de ea dubitet *Bart. in l. 1. §. in filii. per illum textum. infr. ad SC. Trebell.*

Fundamenta huius contrariæ sententiæ plura à DD. constituuntur.

I. Est *in l. 1. §. in filii. infr. ad SC. Trebell.* In filii quoque familias iudicio, qui de castrensi peculio, vel quasi castrensi testari potest, Senatusconsultum locum habet, *Gouean. libr. 2. lect. c. 33.* aliter textum legit: sed sensui in proposito nil decedit. Dixit ergo textus etiam in militis testamento Senatusconsulto locum esse. *Gloss. ibi verb. locum.* ait, hoc procedere, quo ad alia remedia SC. Trebelliani, non quo ad quartæ deductionem. In militis enim testamento quartam non deduci, allegat in id iura aperta, puta *§. denique in d. l. 1. & l. Marcellus 3. §. quod autem. infr. eod.* Ex horum ergo iurium coniunctione liquet in persona filiifamilias militis duplicem respectum concurrere posse. Mouet *Bart. ibi* quæstionem nostram: An filius quo ad vnum actum tantum, puta, quo ad factionem testamenti emancipari possit? Et respondet, videtur, quod sic. Quia (inquit) lex hoc facit. Nam in castrensi, vel quasi castrensi habetur loco patrisfamilias: in cæteris non. Addit tamen cogitandum.

II. Fundamentum est in *l. si ab eo. 11. C. leg. hered.* Vbi potest fieri emancipatio, retentis iurib. legitimis. Et sic ibi est filius & non filius. Qui casus noster esse videtur, addatur *Ceph. cons. 408. num. 73.*

III. Fundamentum est *in l. communium. 9. in princ. C. natural. liber.* Ibi dicitur, quod legitimatus per oblationem Curiæ, consequatur iura legitimorum liberorum respectu legitimantis solummodo, non respectu aliorum agnatorum, aut cognatorum. Quia nec legitimatus ipsis agnatis, aut cognatis, neque agnati, aut cognati legitimato succedunt. Et sic ibi textus est, quod quis legitimus esse possit, quo ad quid. Addatur *Ruin. cons. 94. num. 15. lib. 3. Cuiac. lib. 17. obseruat. c. 6. Delrio in remiss. pag. 201.*

IV. Est *in Auth. sed episcopalis. C. Episc. & Cler.* Ibi dignitas liberat à patria potestate, quatenus id filio prodest, non quatenus nocet. Ergo ibi textus apertus est ad hoc: quod quis partim emancipatus, & partim non emancipatus esse possit. Videtur esse casus noster. Addatur *Alphan. in report. num. 445.*

V. Est *in l. cum multa. 7. C. bon. quæ lib.* Vbi donata à principe, vel Augusta, non quæruntur patri, quo ad vsumfructum, sicut nec castrensia bona. Et sic talis donatarius partim est pro filio, partim non est, quo ad rem scilicet donatam.

VI. Est *in c. si annum. est textus fin. de iudic. in 6.* Ibi quis est filius, & non est. In spiritualibus enim non curatur patria potestas. Ergo in eiusmodi filius in iudicio esse potest sine patris assensu.

Hæc sunt fundamenta textuum huius quæstionis: sed possent multo plura colligi ex loco de tanquam seu respectiuis. Nam constat in vna persona diuersos & etiam contrarios respectus concurrere posse.

Exemplum est in Cæsare nostro: illius Maiestas est, & Dominus orbis atque Imperator, & Vasallus Imperii ratione certarum dignitatum.

Rex Daniæ est & dominus regni, & eiusdem Vasallus. Quare & feudum dat, vt rex, & illud petit atque accipit per Procuratores, vt Dux Holsatiæ, &c.

Plura exempla huius rei sunt in topicis Euerhardi.

Ita ergo ex omnibus præcitatis textibus argumentor pro Bartolo contra Baldum:

Ea, quæ separationem atque distractionem recipiunt, indiuidua haudquaquam perhiberi possunt.

Sed status personæ separationem atque distractionem recipit.

Ergo haudquaquam indiuiduus dici potest. Quod Baldus & Baldi sequaces affirmant.

Minor probatur omnibus textibus præcitatis, puta: *d. l. 1. §. in filii. infr. ad SC. Trebell. d. l. si ab eo. C. legit. hered. d. l. communium. in princ. C. natur. lib. d. Auth. sed episcopalis. C. Episc. & Cler. d. l. cum multa. C. bon. quæ lib. d. c. fin. de iudic. in 6.*

Respon. ad probationem minoris: status hominis est indiuiduus, id est, non diuiditur dispositione hominis priuati. At non est indiuiduus, sed diuiditur, quo ad dispo-

ris attestationibus, viderit necessitatem postulare, vt reprobatoriis vtatur testimoniis. *Text.cum gl.in c.ex tenore.35.extr.testib. l.exceptionem.19. cum ibi notat.C. de probat. l.qui accusare. ibi DD.communiter.C.edendo.Bald.cons.406.in princ. libr.4. Dec.cons.546.num 1. Ias.in §. omnium.num.112. Institut.action.Cacheran.decis.144.num.15. Gabr.Roman.lib.1. recept. conclus. tit.de testib. conclus.21.fallent.50.* Ergo non modò dictanda est Actori ante Reum probatio: sed etiam Actoris probationes sunt aperiendæ, antequam Reus onus reprobandi in se assumit. Respondet *Bart.in d.l.4. num.2. ibi Castr.num.4.* Duplices esse exceptiones: Quædam enim sunt exceptiones propriæ, de quibus traditur, quod præsupponant actionem, & sunt actionum exclusiones: Exceptio enim est actionis exclusio. Hæ exceptiones non possunt locum habere, nisi sit & præexistat actio. Vbi non est actio, ibi non est actionis exclusio. Vbi non est habitus, ibi priuatio esse non potest. Verbi gratia: conuenio te condict.si cert.pet.ad 100. quæ parenti tuo mutuo dedi. Tu excipis: tibi nil hac de re constare: & si mutuo dederim, mihi iam solutum esse. Hæ & similes sunt propriæ exceptiones, excludunt intentionem Actoris. Ergo eam prærequirunt. Nisi enim præexistat & fundetur primum actio de mutuo, non potest exceptio stare de solutione, vel similis. De hisce exceptionibus inquit Bart. & Castr. verum est: quod primum Actori, deinde Reo assignetur terminus probandi. At aliæ sunt exceptiones præiudiciales, respicientes personas quę quidem exceptiones non præsupponunt actionem, sed potius concludunt contrarium nullam præexistere actionem, vt est nostra exceptio, puta, agis ex testamento contra me, proximum agnatum Titii. Excipio: illum mente captum fuisse, & non potuisse testari. Hæc exceptio non præsupponit actionem, neque eam excludit: sed monstrat potius, Actori nullam posse competere actionem. In hisce exceptionibus probandis primum Reo, postea Actori terminus assignatur. De iure regula est: Quod Actore non probante, Reus absoluatur. Ergo regulariter, ante Reum Actori dictatur probatio. Hic, noster est casus exceptus. Fallunt enim hæc in exceptione præiudiciali, tangente ius personæ, vt in nostra materia. Sed reuertor ad regu- 133
lam: Quod Actore non probãte, Reus sit absoluendus. Ergo Reus regulariter non probat, nisi fundatam intentionem Actoris viderit. At in contrarium facit vulgata theorica: Quod didicitis attestationibus, testes porro super iisdem, vel directo contrariis articulis induci nequeant, vt sunt text. *in Auth. at qui semel. C. probat. & in corpore, vnde sumitur. §. quia vero.* Ex quibus fontibus hausta sunt iura pontificia, puta, *c. intimauit. c. fraternitatis. de testib. & Clem. fin. eod. tit.* Ratio decidendi est subornatio, quam iura metuunt. Ergo Reus vrgetur ad reprobationem, zu seiner Gegenbeweisung / etiamsi non viderit, quid ab Actore præstitum, vel probatum sit. Respond. Reperio in hac materia tres opiniones.

I. Vna est, quod apertis & didicitis testificatis, Reus ad nullam probationem admittatur. Hanc, vt constat, sequitur Electoratus Saxoniæ. Et male huc detorquetur theorica præcitata de didicitis testificatis, quæ in iisdem vel directo contrariis articulis loquitur. Hac praxi Reus magna efficitur iniuria, qui cogitur expensas in probationibus facere, etiamsi Actor nihil omnino præstiterit. Item, hac ratione fit, vt multa iuramenta frustra præstentur, multa & maxima impendia frustra fiant. Es werden viel vergebliche Eydt / vnd vergebliche Vnkosten dardurch gestifftet.

II. Secunda opinio priori plane est contraria, quod Reus omnino admittendus 134
ad opponendam & probandam exceptionem suam peremptoriam, postquam aperta sunt Actoris testificata, & ipse didicit fundatam esse Actoris intentionem, per textum *d.l.exceptionem. cum ibi notat. C. probat.* ea ratione decidendi, quam ex interpretibus nostris adfert *Gabr. Roman. lib. 1. tit. de testibus. reg. 21. limitat. 50.*

Cæterum *ad d. Auth. at qui semel.* vnde iura Pontificia desumpta sunt, respondent, quod ibi tantum coherceatur multiplex productio testium, eorum respectu, qui iam testibus vsi sunt. Minime autem illius textus hunc sensum esse, quod Reus, qui nullos adhuc testes induxit, suas probationes exequi prohibeatur, si Actoris probationes iam cognorit. Imo tunc maxime admittendum esse ad probationem Reum. Neq; iura subornationem hoc casu *n* vsque adeo metuunt, vt est, si iam Reus probationes fecisset, & illis

n Quando reus suas probationes iam vidit, & se nihil docuisse animaduertit, meritò iura subornationem metuunt. Ideoque post sua testificata didicita in prima instantia, non auditur ille, denuo probare volens: quemadmodum neque actor post suas probationes didicitas audiretur vlterius. Aliud certe est, si reus non suas sed actoris probationes tantum viderit: Hoc enim casu exceptionem suam peremptoriam probare volens audiendus erit.

illis apertis, adhuc probare vellet, *d.l.exceptionem.* Atq; ita contra Accursium & alios docet *Bald.d.conf.406.in princ.lib.4. Dec.d.conf.564.num.1. Iaf.in d.§.omnium.num.112. Cacheran.d.decis.144.num.15. Gabr.Rom.d.conclus.21. limitat.50. Cuiac.in Nouell.90. verf.male Accursius. Andr.Gail.lib.1.obseru.105.num.16. fallentia 13.* Hæc sententia verior.

Tum (1) quod textus *d.Auth.at qui semel.* ex qua iurium quoq; Pontificiorum intellectus deducitur, textui *d.l.exceptionem.* immediate cohæreat: eiusq; exceptionem proponat, ac proinde iuxta *d. l. exceptionem.* intelligendus sit de Reo, qui post didicita testium, testes produxit. Imo quod longe apertissimum est, *textus ibi & in corpore, vnde sumitur,* disertis & clarissimis verbis, de eo tantum, qui testes iam induxit, loquitur.

Tum (2) quod alioqui textus *d.l.exceptionem.* tacite corrigeretur.

135 III. Tertia opinio est inter has duas opiniones media. *o* Aut enim inquiunt DD. exceptio non est actioni compatibilis, sed eidem directo est contraria, & post didicita testificata, non admittitur vlterior probatio, puta: agit aliquis, vel aliqua matrimonium, Reus vel Rea dicit, matrimonium non contractum. Hæc exceptio se cum actione non compatitur. Ergo inquiunt DD. est probanda, antequam aperiantur testificata Actoris. At exceptio, quæ se cum actione compatitur, etiam post aperturam attestationum probari potest. Exemplum est *in c.1.de ordin.cognit.* Aliqua petit Titium in maritum, & probat contractum matrimonium. Reus excipiens de consanguinitate, post aperturam attestationum Actricis admittetur. Quia hæc actio se cum exceptione compatitur. Vtrumque enim verum esse potest: quod & matrimonium sit contractum: & tamen sponsus atq; sponsa ita sibi consanguinitate coniuncti sint, vt matrimonium consistere nequeat. Admittitur, inquam, hic probatio: quia non sumus in articulis directo contrariis. *Ita Bart.in l.2.C.sent.rescind. non poss. sequuntur Canonistæ in dict.c.1. de ordin.cognit. vbi Panorm. hanc sententiam erudite explicat, dicens communiorem & meliorem. DD.in d.Auth.at qui semel.ibi etiam Graff.in secundo termino exclusiuo.num.51. limitat.15. Cod.de probat.* Videre ad hanc materiam etiam *Constit.Elect.Saxon.part.1.cap.16.*

o Alii tamen alias distinctiones tradunt. Et extat de exceptionum probatione erudita clarissimi IC. Georgii Obrechti disputatio, ex qua thesis 54. cum aliquot sequentibus ad hanc materiam proprie spectat.

Et sic cum *Bartolo & DD.in d.l.4.hoc tit.n.* obiter declaraui regulam: Quod primum Actori, deinde Reo terminus probatorius assignetur. Declaraui etiam ampliationem huius regulæ: quod Reo probatio non sit dictanda, antequam Actoris intentio fundata est. Secundo declaraui vnam exceptionem huius regulæ: quod aliud sit in exceptionibus præiudicialibus, vbi primum Reo, deinde Actori terminus datur.

136 Quæ de iure vera sunt. Nam de facto alius vt plurimum iudiciorum stylus est.

Quinimo etsi cessante statuto, aut consuetudine, iudex de facto contrarium seruet, & neglecto hoc ordine *p* iustitiæ, vtrique parti terminum probatorium assignet, iudicium haudquaquam nullum erit: quum hæc nihil ad ordinem iudicii substantialem pertineant: *Bart. d. l. 4. num.3. ibi Bald.n.4.* etsi male iudices faciant, qui sic procedunt, *Bart. in l.liber.prope fin. C.petit.hered.* Vt proinde Castrensis appellari posse existimet loco præcitato, , etsi textũ *c.exhibita. 19. extr. iudiciis.* quo Baldus & ille perperam mouentur, rectius Panormitanus in emergente quæstione ibi intellexerit.

p Ordo in iudiciis duplex est: ordo substantialis, sine quo nullum iudicium consistit, & ordo iustitiæ, *Maran.de ord iudic.part.2.num.22.cum seqq. Vant. de nullit. sub rubr.quid sit nullitas. num.29. & rubr.de nullitate ex defectu processus. num.1.cum seqq. Asin.in praxi §.1. cap.1.num.25.* Ordinis substantialis omissio, vel præposteratio vitiat: omissio ordinis iustitiæ non vitiat, nisi naturalem iustitiam concernat, id est, partis defensionem & causæ cognitionem. Ita rescribit *Imp.Alex.in l.4.C.sent.& interl.omn iud.* Prolatam à præside sententiam, contra solitum iudiciorum ordinem authoritatem rei iudicatæ non obtinere certum est. Dicit *gloss.ibi*, ordinem iudiciorum esse, vt offeratur libellus, lis contestetur, iuretur de calumnia, depositiones testium conscribantur & publicentur, sententia scribatur, & à iudice proferatur. Qui ordo, inquit, si peruertitur, non valet sententia. Vt si primo iuretur de calumnia, deinde litis contestatio fiat.

137 Disputamus nunc de sensu *l.4.h.tit.n.* Vbi Caius IC. dixit: si quæramus, an valeat testamentum, inprimis animaduertere debemus, an is, qui fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem. Deinde, si habuerit, requiremus, an secundum regulas iuris ciuilis testatus sit.

Exempla proponunt DD. in iudice, in Notario, in testatore. Nam ante omnia de iure personæ, testatoris videlicet vel alterius, constare debet.

Porro si primum disputamus de iure rei, id est, de testamento: præposteratur ordo iustitiæ: partes vexantur inanibus sumptibus, & frustra præstantur iuramenta.

Obseruandum tamen *d. l.4.* aliquot notabiles declarationes recipere.

1. Prima est, vt ordo l. nostræ nil curetur, vbi aliud stylo receptum est.

2. Secunda est, vt hæc præposteratio non annullet iudicium: quum non concernat ordinem substantialem, sed ordinem iustitiæ. Quum autem pars prægrauetur, appellare potest.

3. Tertia est, quod exceptio hæc non dilatoria, sed peremptoria sit, & incidens. Ergo non inter primordia litis, sed post litem contestatam proponenda, & ante omnia discutienda est. Dissentit autem Bartolus *in l. liber. C. petit. hæred.* hanc exceptionem non secus ac aliam priuilegiatam ad Processum opponi posse existimans. Et licet de hac sententia dubitet *Imola in l.4. num.2. h. tit. n. per. cap.1. de lit. contest. in 6.* Bartoli tamen opinio æquissima est, & ad lites minuendas facit.

4. Quarto procedit hæc exceptio de inhabilitate testatoris intentionem Actoris de iure testamenti, quo ad cognitionem, non quo ad pronuntiationem. Hæc enim exceptio ante quidem discutitur: sed potest vna sententia cum causa principali definiri, licet interdum ante definienda sit.

Et quia mentionem feci de exceptionibus emergentibus & incidentibus, obseruandum, Hugolinum antiquum glossatorem docere, quæstionem incidentem esse peremptoriam emergentem dilatoriam. 138

Iacob. de Rauenna exceptionē incidentem esse dixit, quæ causam seu merita respicit. Emergentem, quæ non respicit caussam principalem in se: sed concernit Processum & ordinem litis. Hæc *Cyn. in l.1. num.8. C. ordin. iudic.* Et licet *Menoch. in loco relato* aliquot opiniones referat: Tamen Rauennatis sententia certa & vera est. Vnde intelligitur, nostram quæstionem esse incidentem: quum merita caussæ tangat. Est enim habilitas testatoris inter testamenti substantialia. Si ergo merita concernit, post litem contestatam discutienda erit: Idque secundum Curiarum stylum receptum, etsi Bartoli contraria sententia æquior sit & multo melior.

Deinde ex hac differentia exceptionum emergentium & incidentium alia sequitur diuersitas. Nam si emergentes Processum concernunt, statim quum proponuntur decidendæ sunt, neque possunt differri vsque ad definitionem causæ principalis. At incidentes differri possunt, exceptis certis casibus: quum in principali causa, & in sententia, quæ super principali causa fertur, includantur.

Deinde hæc solummodo procedunt, quo ad cognitionem, non quo ad pronuntiationem. Hæc enim exceptio inhabilitatis testatoris merita causæ principalis respicit, & peremptorie post litem contestatam proponitur, *Bart. d. l.4. numer.1. Bald. num 2. Castrens. num.4.* Vt proinde incidens sit, *Bart. Bald. Castrens. loco præcit. ibi Imol. num.2.* Legistæ communiter *in l.1. ibi Cyn. numer.8. Bart. num.5. Castr. num.2. & reliqui. C. ord. iudic. Glossa solennis in cap.1. ibi Canonistæ. extr. ordin. cognit. Menoch. de arbit. iud. lib.1 quæst.45. Idem libr.2. cent.2. casu 147. numer.4.5.* licet fluctuet *Bart. in dict. l. liber.* Cui porro consectarium est, vt vna pronunciatione *q* cum causa principali definiri queat: Sic enim emergentes & incidentes quæstiones inter se differunt, vt illæ (puta, si exceptum sit, quod sis iudex incompetens: *r* quod non possis esse Procurator: quod libellus sit ineptus: quod dilatio concedi non debeat, &c.) ante omnia decidendæ sint expresse aut tacite, *addit. ad Bart. d. l.1. num.8. ibi Bald. nu.11. Castr. nu.9.* qui tamen distinguit, *C. ord. iudic.* Quam distinctionem repetiit *d. l.4. n.5.* Omnes ita tenere dicit *Cæsar Contard. l. vnic. limit.2. §.4. n.16. C. si momen. possess.* reseruari autē vsq; ad decisionē causæ principalis nequeant, vt perperam *in d. c. exhibita.* factum fuerat: quia 139

q Exceptum est, quod testator fuerit mente captus, quod seruus: cognoscere potest iudex de ea exceptione: potest & pronunciare ante omnia. Sed non cogitur id facere. Nā decisa quæstione principali, deciditur & hęc incidens. Verbi gratia, si iudex pronunciat testamentum validum, exceptio reiicitur: si pronunciat inutile, exceptio admittitur.

r Quando exceptio declinatoria per processum ad vlteriora reiecta intelligatur, distinguendo explicat *Petr. Foller. e contract. censuarii. §.21 vides disertissime lectior. num.22.*

quia contrarietas *s* resultaret, si iudex earum determinationem eo vsque reseruare vellet: hæ *t* non item: quum earum decisio de necessitate contineatur in sententia decisoria causæ principalis. Ita Bulgari & Martini atque Petri contrarias opiniones post Ioannem & Azonem inter se recte componunt, *Specul. remissiue. tit. de incidentibus quæstionibus. num. 2. DD. in d. l. 1. ibi eleganter præ cæteris Cyn. numer. 8. Bart. num. 5. Bald. num. 10. & sequ. Castr. num. 2. & seq. C. ordin. iudic. Bart. Bald. & Castr. in dict. l. 4. h. tit. n. Idem Castr. in l. qui prior. num. 3. supr. de iudiciis. Panorm. in cap. exhibita. mihi colum. 5. versic. & licet Dominus Antonius hic. extr. iudiciis. glo. & DD. in cap. 1. ibi eleganter. Panorm. mihi col. 5. vers. venio ad secundam partem extr ordin. cognit. Menoch de arbitr. iud. lib. 1. quæst. 167. per tot. omnium nouissime de hoc iuris articulo luculente differuit Pacian. de probat. lib. 1. cap. 58. per tot. lib. 1.*

s Exceptiones emergentes nō possunt reseruari vsq; ad sententiam definitiuam: Quia resultat contrarietas. Excipio, quod nō sis procurator: pronunciandū est ante omnia expresse vel tacite. Si iudex reseruaret illū punctum cum principali causa decidendum, esset sibi contrarius: Nam procedendo ad vlteriora admitteret eum, & si postea illum repelleret, sibi contrariaretur. De emergente pronunciandum: quia non continetur in sententia: & iudex reseruans talem punctum, sibi est contrarius. At tacite etiam pronunciasse intelligitur, si transit ad vlteriora. Est communis, licet distinguat Castrensis. Ratio communis opinionis est: quod sententia stare nequeat, nisi intelligatur pronunciatum. At de incidentibus non est pronunciandum: quia eorum decisio continetur in sententia definitiua: & superflua non sunt facienda.

t Agis ex testamento: aliquis excipit de inhabilitate testatoris. Non necesse est, vt iudex statim pronunciet.

140 Hæc tamen sententia, quod iudex ex communi DD. sententia, super incidenti quæstione ante definitiuam pronunciare non cogatur, declaratur I. Nam si iudex vult, pronunciare vtique potest, *Bart. d. l. 1. nu. 8. Bald. qui distinguit, num. 11. 13. Menoch. d. q. 167. num 6.*

Quinimo pronunciare cogitur, si ius exceptionis præiudicialis altiorem indaginem non requirat, sed notorium sit, & manifeste pateat testatorem seruum, mente captum, aut alias ad testamenti factionem inhabilem fuisse. Ad iudicis enim officium pertinet, vt calumniantium iniquitates expellat, & prouideat, ne partes inanibus sumptibus & litibus vexentur: Quod fieret, si inhabilitate testatoris notoria, ipse nihilominus de iure testamenti disputationes inutiles admitteret. Porro iudiciale examen ad causas dubias pertinet. *Specul. tit. de appellat. §. nunc dicemus nu. 4. vsque 10. Maran. de ordin. iud. part. 6. in materia appellationis. num. 182. 186.* Ita appellationem notorie nullam aut friuolam iudex non admittit. *Specul. & Marant. locis relatis. Vestrius in Isagog. lib. 8. cap. 4. num. 16. ibi Grauat. in addit. num. 27. Manfred. de attent. lib 2. conclus. 2. Cæs. Contard. ad l. vnic. quæst. 4. nu. 11. cum seqq. C. si de moment. possess.* idemq; de attētatorum remedio, noui operis nunciatione, aliisque omnibus iuris est. Et hoc quidem sensu Bartoli doctrinam in *d. l. liber.* verissimam arbitror: quod exceptio inhabilitatis & omnis ea, per quam concluditur, Actori ipso iure non competere actionem, exceptio etiam inter primordia litis, ad Processum opponi possit: quum in notoriis fere à regula iuris recedatur, *Specul. tit. de notor. criminc. in rubr. num. 1. 2. & §. fin. num. 11. 12. 13. 14. Bald in l. ea quidem num. 43. C. accus. Bald. in l. cum fratrem. num. 3. 4. 5. C. his quib. vt indign. Gram. decis. 36 nu. 45. decis. 105. num. 16. Asin. in sua praxi §. 23. cap. 6. limit. 17. num. 2. VVesenbec. cons. 2. num. 60. cap. manifesta. & c. de manifesta. 2. q. 1.*

141 II. Declaratur. Nam pronunciare iudex super incidenti quæstione cogitur, si aut ea concernat Processum atque merita causæ simul, & non ad iustitiam, sed ad impediendum Processum opponatur (vt sunt rei iudicatæ, transactionis, iurisiurandi, præscriptionis exceptiones, *cap. 1. de lit. contest. in 6. Cyn. in d. l. 1. num. 8. ibi Bart. num. 6. 7. 8. Cæs. Contard. d. l. vnic. limit. 2. §. 4. num. 16. cum seqq.* quorsum Bartolus sibi contrarius etiam materiam *d. l. 4.*

refert in d. l. liber. cuius ſententiam dubiam dicit *Imola* u *d.l.4. num.2. per.c.1. de lit. conteſt. in 6.*) aut concernat merita x quidem per ſe, Proceſſum per accidens, vt quia opponitur exceptio defectus natalium, aut alia, quam iudex ſecularis expedire non poſſit. Tunc enim præiudicat Proceſſui: Quia ſecularis ſuperſedere cogitur, donec incidens quæſtio expediatur per Eccleſiam, *c.pen.extr.ord.cognit.Panorm.d.c.1.eod.tit.*

u Sunt certæ peremptoriæ, quæ opponi poſſunt ad proceſſum. Inter quas hæc non recenſetur ibi. Vſus tamen fori habet, vt ne priuilegiatæ quidē exceptiones ad proceſſum opponi poſſint, niſi apertæ ſint, altiorem indaginem non requirentes, *Petr. Feller. de contract.cenſuarius. d.§.vt vides.num.23. Medic.de compenſ.qu.31.num.8. Redoan.de ſpol.Eccleſ.qu 13 num.27. Fr. Accept. de ſentent. definit.num.25.* Idem de noſtra dixerim, vt ſi altiorem indaginem non requirat, non ſecus ac alia priuilegiata, ad Proceſſum opponi poſſit, ſi requirat altiorem indaginem, non poſſit opponi, niſi in vim peremptoriæ.

x Exceptiones mixtæ duplices: Aut proprie ſunt tales, vt iuriſiurandi, tranſactionis, rei iudicatæ. Quorſum Bartolus omnes refert, quæ monſtrant, actori ipſo iure non competere actionem. Aut improprie ſunt mixtæ: ſed ideo dicuntur mixtæ,, quod ad alium iudicem pertineant, quam ad eum, qui cauſæ principalis iudex eſt. Vt proinde per tales exceptiones proceſſus impediatur, licet proprie merita concernant.

III. Declara, vt iudex pronunciare non cogatur de quæſtione inci- 142
dente, id eſt, tali, quæ ſe cum principali cauſa non compatitur, ſed ei contrariatur. Huiuſmodi enim exceptiones in ſententia cauſæ principalis continentur: Vt proinde refricari nequeant, etſi expreſſe deciſæ non ſint, *Bart.d.l.1.nu.3.ibi Bald.num.13. Caſtr.n.8.C.ord.iudic.Bart.& alii l.ſi autem. § fin ſupr.negoc.geſt.Guilh. Mainer.l.res iudicata.num.12.infr.reg iur. Gabr. Rom. lib.2.recept.concluſ. tit. de exception. reg.1.fallent.7.num.23.* At aliud eſt in incidente quæſtione, quæ cum principali cauſa ſe compatitur, & propterea in ſententia neceſſario non continetur. Talis enim, licet non ante omnia, attamen expreſſe definienda eſt: quum alias exceptio rei iudicatæ non obſtet, ſed ea exceptio omnino in alio iudicio agendo reſuſcitari denuo poterit, niſi diſerte à iudice reprobetur, & ſuper iure illius incidentis exceptionis clare & directo pronunciatum ſit. *Textus expreſſus & ſingularis l.quod in diem.6.§.fin. ibi, quaſi non exiſtente debito.ſupr.compenſat. Imol in cap.2. n.28.de ordin.cognit.Felin.c.ſuborta.n.3.4.de re iudic. Dec. conſ 96.nu.1.Boer.deciſ. 44.n.2.Bart.& DD.l.1.C.ordin.cognit.Caſ.Contard.ad l.vnic. limit.2.§.6.nu.4.5. 6.7. Bologn. ad l.naturaliter.§.nihil commune.num.54. verſ.ſecundo opponit vſque 64.infr. acquir. poſſ.* Et hanc communem dicit *idem Bologn. l.qui Romæ.§.duo fratres.num.82.& num 90.infr.verb.obligat. Gabr. Rom.lib.2.recept.concluſ.tit.de except.reg.2. num. 13.14.15.*

Dixi ad *l. 4. h.* quæſtiones ſeu exceptiones eſſe duplices, emergentes, quæ ad Proceſſum ſpectant, & ad Proceſſum impediendum opponuntur: Incidentes, quæ ad merita cauſæ pertinent, & peremptorie ad cauſam opponuntur. Quædam ſunt etiam mixtæ.

Differunt hæ exceptiones.

1. In proponendo: Quia exceptiones reſpicientes merita, ſeu incidentes proponendæ poſt litem conteſtatam. Ita de noſtra exceptione inhabilitatis ſenſere DD. communiter *d.l.4* Aliud in emergentibus.

2. In pronunciando, quia iudex ſtatim cogitur ſententiare ſuper emergentibus, vt euitetur contrarietas. At incidentes quæſtiones in deciſione cauſæ principalis continentur. Puta, Actum eſt ex teſtamento: Reus excipit de teſtatoris inhabilitate. Hæc incidens exceptio vna cum cauſa principali deciditur, & in deciſione cauſæ principalis continetur. Nam ſi iudex pronunciat, teſtamentum eſſe validum, in neceſſariam antecedentiam reiicitur exceptio inhabilitatis. Si pronunciat, teſtamentum nullum eſſe, in neceſſariam admittitur exceptio incidens.

Hæc tamen ſententia, quod iudex non cogatur expreſſe, aut etiam ante omnia pronunciare ſuper incidenti quæſtione, tribus modis limitatur.

PRIMA limitatio eſt, ſi ius exceptionis incidentis ſit ita manifeſtum, vt altiorem indaginem non requirat. Nam in notoriis recedimus à regula iuris. Et ſic ſaluari poteſt

opinio

opinio Bartoli *in d.l. liber.* qui existimauit, exceptionem nostram ad Processum quoque opponi posse.

SECVNDA limitatio est de exceptione, quæ non simpliciter incidens, sed etiam emergens est. Talem putat exceptionem nostram esse *Bartolus in dict. l. liber.* licet aliud *in d.l.4.* senserit. Imo huc Bartolus omnes exceptiones refert, per quas concluditur, Actori ipso iure non competere actionem, id est, nullam præexistere actionem. Ita enim Bartolum sensisse constat, quod etiam refert *Ioann. de Imola d.l.4. num.2.h.tit.n.* Et stylus quidem Curiarum est contra Bartolum, (Nam etiam exceptiones mixtæ, altiorem indaginem requirentes, post litem contestatam examinantur.) Sed eius opinio æquissima est, litium expeditioni fauens.

TERTIA limitatio est de incidente, quæ se cum principali causa compatitur. Nam nisi de tali exceptione diserte iudex pronunciet, ea haudquaquã decisa esse existimabitur: sed in alio iudicio denuo poterit excitari, nil obstãte rei iudicatæ exceptione.

Bald. in d.l.1.num.11.& seqq. videtur addere quartam fallentiam, si scilicet quæstio incidens sapiat reconuentionem & impugnationem.

Ita puto sufficienter declaratam *l.4. hoc. tit.* primum quærendum de iure personæ, quam de solennitate actus.

Nunc reuertemur ad materiam requisiti primi. Dixi requiri ad substantiam testamenti, vt testatoris Voluntas sit naturaliter & ciuiliter ad testamenti factionem habilis: vtque testator habeat testamenti factionem actiuam.

Mouent interpretes quæstionem: Quomodo iure certis personis interdicta sit testamenti factio: cum testamenta iuris gentium sint: & ea, quæ sunt iuris gentium, iure ciuili prohiberi nequeant? Responsio plana est, 1. testamenta esse iuris gentium origine, non forma. 2. Deinde ea, quæ iuris gentium sunt, ex certis causis restringi & auferri. Ita aufertur dominium alicui. Ita prohibetur emptio & venditio ex caussa, &c. *Cuiac. ad d.l.1.prope fin.* testamenta dicit esse iuris gentium, testamentorum confectionem iuris ciuilis, dixi supra.

143 Et ex hoc requisito infertur I. impuberes, quum nullum eorum animi iudicium sit, testamenta facere non posse, *l. qua ætate.5. ibi DD. h tit. n. §. præterea. ibi DD. Instit. quib. non est permiss. fac. test. l.4. C. qui test. fac. poss. l. fin. ibi DD. C. test. milit. Specul. tit. de instrum edit. §. compendiose. numer. 4. vers. septimo impubes. Philip. Franc. ad rubr. vers. primo prohibetur impubes. Dilect. de arte testandi. tit.1. caut.5.* y *Vasq. de success. progress. lib.1.§.1. num.104. & seq. Petr. Gregor. in syntag. iur. part.3. lib.42. cap.8. num.3.*

Amplia 1. hanc illationem, vt procedat etiam in pupillo doli capace, z *DD. in l fin. C. de testam. milit.* Et quis doli sit capax, explicat *Menoch. de arbit. iud. lib.2. cent.1. casu 57. num.41.*

Amplia 2. in testamento ad pias causas. Quæ est communis, *Clar. §. testamentum. q.5. num.3. Petr. Gregor. loco præcitato.*

Amplia 3. vt ne rescriptum quidem Imperatoris teneat, in quo pupillo testandi facultas tribuitur, *Bart. & Bald. in leg. rescripta. ibi Ias. numer. 10. 11. C. precib. imper. offer.* nisi sit doli capax, *Ias. loco præcitato numer. 12. Dilect. dict. caut. 5.* aut proximus pubertati, *Bart. in leg. qua ætate.* a *numer. 6. h. tit. nostro.* Et quis dicatur pubertati proximus, ample declarat *Menoch. d. casu 57.*

144 Amplia 4. vt idem sit tutoris authoritate accedente *l.1. §.1. infr. tut. & rat. distr.* b In hoc enim testamentum à contractibus differt, quod sit iusta sententia voluntatis nostræ, non alienæ: quum ab alieno arbitrio pendere nequeat. Tum vis testamenti confertur in tempus, quo tutor futurus non est: quum morte pupilli, finita tutela, tutor esse desinat, *Duaren. ad tit. n. hic sub rubr. de his qui testam. fac. poss.*

Amplia

Declaratio l. qua ætate. 5. hoc tit. vsque ad num. 147. Nepos à Monte Albano de excepti. cap. 20 num. 16. quindecim personas testari nõ posse dicit.

y Ille duas cautelas proponit, quib. fieri posse dicit, vt impubes testetur: 1. Vna est, si sit doli capax, & habilitetur ab Imperatore ad testandum. 2. Si iuret. Sed dicit iure communi, quoad hoc membrum, facile cõtrarium posse defendi.

z Vide cumprimis *Dec. in d. l. fin. C. testam. milit.*

a Bartoli doctrina *in l. qua ætate. infr. h. tit. n.* est solennis, *ibi de impuberibus. num. 6.* tenet, statuto induci posse, vt testamentum faciat impubes, qui est pubertati proximus.

b Pupillus omnia negocia recte contrahit, authoritate tutoris intercedente. Non sic est in testamento, quod non potest ab alieno arbitrio pendere.

Amplia 5. in casu *l. si filiusfamilias. 19. h. tit. n. & d. §. præterea. verſ. nec ad rem pertinet.* c *Duaren. loco præcitato.*

c Non valet teſtamentum impuberis, licet poſtea fiat pubes. Quia quod ab initio nullum eſt, tractu temporis non conualeſcit.

Amplia 6. in casu *l. fin. C. teſtam. milit.* Nam etſi antiquæ leges permittebant pupillo, vt ſibi faceret teſtamentum, ſi eſſet tribunus numerorum, id eſt, militum, quaſi dignitate militari ſupplente ætatem: id tamen Iuſtinianus abrogauit *in d. l. fin.* Neque dubium eſt tribunatum numeri & alias dignitates militares impuberi, maxime ex illuſtri familia profecto iam olim mandari potuiſſe: quum maiores natu vicarios adiutores, conſiliarios habuerint, licet id alii in dubium reuocent. Videatur autem *ad d. l. fin. Rebuff. in tract. de nominat. qu. 9. num. 65. Rauard. lib. 4. de ambiguit. iur. cap. 8. Corraſ. lib. 5. Miſcel. cap. 22. Cuiac. lib. 17. obſeruat. cap. 36.* 145

Sententia *l. fin.* manifeſtiſſima eſt, licet de ea controuerſiam moueat *Rauard.* Verba textus ſic habent: Licet antiquis legibus permittebatur pupillis, ſi tribunatum numerorum merebantur, (aut vt vulgata exemplaria legunt, ſi tribunatus numerum mereantur) vltimum elogium conficere poſſe: Attamen indignum noſtris temporibus eſſe videtur, &c. Corrigit ergo Imp. ibi Iuſtinianus ius vetus.

Conſtat autem quid ſint numeri, id eſt, cohortes vel legiones. Tribuni ergo numerorum, ſunt tribuni militum.

Ræuardus tamen controuerſiam excitat, putat legendum, tribunatu in numerorum. Vt ſenſus ſit: pupillum, qui ſub tribunatu militet, antiquo iure potuiſſe teſtari.

Nullam producit ille huius correctionis authoritatem codicum: ſed adducit rationem: quod veroſimile non ſit impuberi tribunatum numerorum iam olim commiſſum fuiſſe.

Illum Cuiacius ſuppreſſo nomine erudite refellit: Et docet impuberi ex illuſtri familia profecto, multo facilius commiſſum tribunatum, quam vt alii pupillo militare permitteretur: Quum per Vicarios ſuos talia officia adminiſtrarint.

Et hæc ſententia profecto veriſſima eſt.

Sæpe pueri reges facti ſunt:

1. Alexander Seuerus 12. annos natus, Imperator eſt creatus.

2. Hinricus IV. à Nicolao 2. Papa coronam accepit, & aliquot annos regnauit ſub tutela matris.

3. Hinricus VI. filium Fridericum adhuc infantem de ſententia Electorum Imperii ſucceſſorem habuit.

4. Gordianus pubes quidem, ſed tantum 16. annorum, Imperator factus eſt, conſilio ſoceri Miſithei imperauit.

5. Electores & principes Imperii perpetuo Cæſari & Imperio militant: dignitates tamen eorum hæreditariæ ſunt: & interdum per ipſorum proximiores agnatos adminiſtrantur.

Ita in Electoratu primogenitus ſuccedit, & primogeniti filius, excluſo patruo. Quod ſi ille 18. annos adhuc non attigerit, Electoratus adminiſtratur per alium. Et ita litera canit in aurea Bulla Caroli IV. ſub rubr. von der Churfürſten nachkommen wegen. Ob die Männlich redlich Erben vnd Leien von alters wegen brechhafft weren / ſo ſoll der ander Bruder deſſelben erſtgebornen Sohn / Verweſer vnd Vertretter ſeyn / als lang biß der älter vnder jhnen zu ſeinen Tagen vnd rechtem Alter kompt / daß an einem Churfürſten ſeyn ſoll / nemlich 18. Jahr / ꝛc.

Exemplum nuper habuimus in Electoratu Palatinus, cum Friderico IV. moderno Electore, adhuc intra XVIII. annum ætatis agente, D. Ioannes Caſimirus, &c. patruus, Electoralis Palatinatus Adminiſtrator eſſet. Bodinus tamen puerorum & fœminarum dominatus infelices eſſe contendit, *de Republ. lib. 6. cap. 2. fol. 672. & cap. 5. fol. 738.* Pro quo facere videtur authoritas *Eccleſiaſt. cap. 10. verſ. 15.* Væ tibi terra, cuius rex eſt puer & cuius principes, id eſt, optimates mane comedunt, id eſt, diem à voluptatibus & luxu inchoant.

Sed ſi regale ciuitatis genus illud optime conſtitutum eſt, quod non à ſuffragio & electione, ſed à ſtirpe clariſſima ducitur: vt ille idem *lib. 6 de republ. c. 5.* recte adfirmat: non poſſunt puerorum dominatus excludi, vt ille idem affirmat *lib. 4. c. 4. fol. 435.*

Deinde

Deinde si seriem Cæsarum à Caio Iulio vsq; ad Carolum Magnum inspexerimus, paucissimorum administrationem felicem fuisse deprehendemus.

Ita si reges Israel à Ieroboamo vsque ad dissipationem decem tribuum intueamur, bone DEVS, quantum reperiemus confusionum. Vt interim omittam dominatus puerorum & mulierum, quam plures laudabiliter administratos.

Porro Ecclesiastes in loco relato non agit de rege puero, qui ætate puer sit: (Quorum dominatus sæpe feliciores sunt quam aliorum: quando per optimates laudabiliter res regni administrantur: vt docet exemplum Ioas, qui anno ætatis septimo rex Iudah factus est: Ioiada autem summus Pontifex regnum administrauit laudabiliter: fuitque regis dominatus felicissimus, quamdiu vixit Ioiada. Quam tristis autem mutatio illum statum postea sit consequuta, apparet ex 2. Paralip. cap. 22. 23. 24. Videatur & 1. Regum cap. 11.) Sed loquitur de rege, qui sensu & moribus puer est. Idq; Mercerus ibi ex antithesi versus sequentis ostendit. Sic enim versu 17. Ecclesiastes concionatur: Beata tu terra, quum rex tuus est filius nobilium, & principes in ipso tempore comedunt propter fortitudinem, & non propter potationem. Filium nobilium & generosorum nominat, qui generosa est stirpe & indole, qui claris prognatus est parentibus, & ab illis liberaliter institutus est in timore Domini & præceptis regni administrandi. Ita Mercerus & Theodorus Beza illum locum recte explanant.

Vnde intelligitur, rationem, quæ permouit Ræuardum, vt textus nostri lectionem emendandam putaret, nullius momenti esse.

146 Declara hæc 1. Nam statutum valet, quo impubes doli capax ad testamenti factionem habilitatur, *DD. in dict. l. fin. ibi late Dec. C. testam. milit. Angel. in tract. de testam. in princip. num. 13. 14.*

Declara 2. hanc illationem. Nam licet olim de pubertate contentio fuerit inter Cassianos *d* & Proculianos, illis ex habitu corporis & ex nuptiis, his vero ex annorum numero pubertatem definientibus: Et pontifices, quum de matrimonio agitur, Cassianos sequantur: *in cap. puberes 3. extr. de despons. impub.* in testamentis tamen Proculianorũ sententia recepta est: maxime quum inuerecunda corporis inspectio sit, *l. fin. C. quan. tut. vel curat. esse desin. text in prin. & §. 1. Instit. quib. mod. tut. fin. Duaren. ad tit. n. h. sub rubr. de his quæ testam. fac. poss. versic. superius diximus quosdam prohiberi testam. facere, &c Iacob. Reuard. lib. 4. ambiguit. cap. 8. Anton. Hotoman. in Dialogo de barba. mihi fol. 8. Auth. differ. inter ius ciuile & Saxon. lib. 2. differen. 6.*

d Sub Flauio Vespasiano maxima contentio inter iuris professores viguit. Et qui Cassianorum atque Proculianorum historiam scire vult, ille videat Cõnium *lib. 1. lect. cap. 12.* & indicem historiæ Hotom. in Flauio Vespasiano.

Etsi corpora nostra multis modis nunc conspurcata sunt: eorum tamen maior præstantia & dignitas est, *e* quam vt quisquam nostrum eam satis mente concipere queat. Formauerat IEHOVAH DEVS (ait diuinus Moyses *Genes. c. 2.*) hominem è puluere terræ. Est ergo humani corporis structura, fabrica & opificium summæ Trinitatis. Et diserte scriptura pronunciat, corpora fidelium esse membra CHRISTI, & templa Spiritus sancti, qui in eis habitet. Non ergo scurriliter, sed grauiter, vt iuris & iustitiæ sacerdotes decet, de his philosophemur. Libellus Hotomani paruus est. Locus autem, quem adduco, extat *fol. 8. in editione Plantiniana, Anni* M. D. LXXXVI. Ræuardus Imperatorem nostrum cum suo Theophilo tanquam omnino bardos & plane stupidos homines in reprehensionem vocat: quod crediderint, iam olim corpora adolescentum fuisse inspecta. Ipse rem aliter interpretatur ex habitu corporis, id est, ex vigore, ait, fuisse iudicatum de pubertate: & ad hoc quædam loca profert. Censet ergo, nunquam veteres Romanos ita inuerecundos fuisse vt talia in suis permitterent: & eius sententiam, vt ex præcitata differentia apparet, alii etiam imitantur. Ego de his cum nemine contenderim, adduxi propterea Antonium Hotomanum, vt illius etiam sententiam hac de re exploretis. Ille constanter sentit, corpora fuisse inspecta. Et Theophilo plus de antiquitate iuris Romani exploratum fuisse, credibile est, quam Ræuardo homini nouo. Sed sequatur quilibet quod volet. Qui plura de barba & de capillis scire desiderat, is legat Hotomanum loco præcitato, Petrum Martyrem *in libr. Iudic. c. 13.* & latissime Rodolphum Hospinianum de origine Monachatus *lib. 3. cap. 9. Georgium Pictorium lib. 3. Philologiæ cap. 7.*

e Luculente hac de re differit Tertullian. *de resurrectione carnis. cap. 5. 6. 7.*

Ergo in masculis quartum decimum, in fœminis vero duodecimum annum

annum completum spectamus, *d. l. qua ætate.* Quum enim minus durabilia *f* per naturam celerius compleantur: & foemininus sexus masculino virtute inferior existat: Hinc ergo foemellæ perfectionem animi & corporis sibi congruentem citius acquirunt: & in masculo per septenarium, in foemina autem per senarium naturaliter ætatis mutatio fit, *Bald. post Cynum in d. l. qua ætate. ibi Castr. num. 4. & notanter Cuiac. Duaren. loco præcit.*

f Glossa *in l. 2. C. his qui ven. ætat. impetrar.* dicit, rationē esse: quod mala herba citocrescat. Has nugas omittamus. Quod cito fit, cito perit: & econtra; Quod cito perit, id est, quod non vsque adeo durabile est, id citius crescit. Contra, quæ durabilia magis sunt, tardius succrescunt.

Cæterum dies vltima 14. aut 12. anni cœpta habetur pro completo. Cui porro consectarium est, vt quum annus 365. diebus constet, *l. quum hæres. 4. §. Stichus si hæredi. infr. stat. liber. l. anniculus. 132. infr. verb. signific. l. ita vulneratus. 51. vers. æstimatio autem. supr. ad l. Aquil.* Dies *g* autem more Romano à media nocte incipiat: & sequentis noctis media parte finiatur, *l. more. 8. supr. de feriis. l. 1. infr. manumiss. Gell. libr. 3. cap. 2. Cuiac. lib. 15. obseruat. cap. 32.* Eius testamentum valere, qui anni decimi quarti, die 364. post sextam horam noctis, testatus est. Quod Vlpianus de eo tradidit, (*in d. l. qua ætate.*) qui Kalendis Ianuariis natus est, & pridie Kalendarum post sextam horam noctis testamentum fecit. *Ang. Aret. in tr. de testam. gloss. 1. nu. 1. 2.* Porro similes textus, in quibus dies aut tempus pro completo est, sunt *in l. qui filium.* h *74. §. Sabinus. (alias Fabius Antoninus.) infr. ad SC. Trebell. l. ad* i *rempublicam. 8. infr. muner. & honor. d. l. 1.* k *infr. manumiss. l. in* l *vsucapionibus. 6. infr. vsucap. l.* m *anniculus. 132. infr. verb. signif.*

g Romani à media nocte diem inchoant. Hebræi à vespera, quemadmodum & Athenienses, qui à solis occasu initium diei faciunt. Babylonii à sole exorto. Alii à meridie. De die porro Romanorum ciuili plura notat *Georg. Pictor lib. 2. philologia. c. 13.*

h Ibi fauore filii, quo ad fideicommissum, annus est pro completo, *Cuiac. in l. nostra* dicit, hunc textum pugnare cum *l. non putabam. 47. infr. condit. & demonstr.* At intelligendo textum *d. §. Fabius.* de filio, nulla pugna est. Nam ita non loquitur *d. l. non putabam.*

i Annus 25. in honoribus, qui administrationem non habent, adipiscendis, est pro impleto. Videatur tamen *Franc. de Caldas ad l. si curatorem. verb. hunc contractum. num. 4. C. in integr. restitut. minor.*

k Quod ad manumissionem, qui supremum diem agit vicesimi anni, non est minor viginti annorum, sed manumittere potest. Placuit enim, qui Kalendis Ianuariis natus est, post horam sextam noctis pridie Kalendas, quasi annum vicesimum compleuerit, posse manumittere. Hæc l. pertinet ad l. Æliam Sentiam, de qua videatur *Ioan. Robert. libr. 2. sent. iur. cap. 2. de quo in remiss. etiam meminit Delrio.*

l In vsucapionibus dies cœpta pro completa. Sunt enim fauorabiles. Aliud in præscriptionibus. Ita intelligitur *l. 3. §. minorem. supra minor. & concordat l. in omnibus. est 5 & pen. infr. diuers. & temp. præscript.*

m Anniculus non statim, vt natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur incipiente, plene non exacto die: quia annum ciuiliter non ad momenta numeramus. Videatur ad hunc text. in remiss. Delrio.

At regulariter tempus non est pro completo: vt dicit *gl. dict. l. ad rempubl. verb. annus. infr. muner. & honor.* Ad quod textus sunt *in leg. non* n *putabam. 46. infr. cond. & demonstr. l. 3. §.* o *minorem. supr. de minor. leg. maiores* p *3. infr. iure immun. l. in* q *omnibus. 5. infr. de diuers. temp. præscrip.* Sed de momento potius ad momentum computatur, id est, postquam currere cœpit. *Mynsing. obser. 15. cent. 5.*

Porro

n Non putabam diem fideicommissi venisse: quum 16. annum ingressus fuisset is, cui erat relictum fideicommissum, quum ad 16. annum peruenisset. Et ita etiam Aurelius Imperator Antoninus ad appellationem ex Germania iudicauit.

o Minor ætas inspicitur de momento ad momentum, id est, ad hoc, ne excludatur minor. *Et gloss. ibi* quod de die cœpto pro completo habendo traditur, dicit procedere, vbi hoc fauorabile sit: Semper enim fauorem prorogari: Et similiter tempus de momento ad momentum computari, vbi hoc quoque fauor exigat, vt in minore, cuius, quo ad beneficium restitutionis, interest, ne facile excludatur. Ergo tempus de momento ad momentum computatur. Hinc recte scribit *Bald. in l. nostra. puta, in l. qua ætate. n. 1. & 2.* Vbi agitur (inquit) de beneficio inchoando, dies cœpta est pro completa: aliud si de beneficio finiendo quæratur. Nam tunc computatio fit de momento ad momentum. Tota ergo hæc materia in vno hoc cardine vertitur: Vtrum tractetur de odio, vel de fauore, vt post *glossam* dicit *Bart. in d. l. 3. §. minorem. supr. minor. Addatur Cuiac. l. in vsucapionibus. infr. vsucap. Gouean. lib. 1. lect. cap. 10. Delrio in remiss. pag. 22.*

p Maiores 70. annis a muneribus excusantur, si annum 70. sint egressi. Ratio, quia fauor reipubl. versatur in hoc, ne tempus cœptum sit pro completo.

q In præscriptionibus temporalibus non finitur obligatio, nisi nouissimus totus dies impleatur. Recte dicit *Duaren.* esse differentiam inter vsucapionem & præscriptionem: cum illa fauorabilis, hæc odiosa sit. Idem sentit *Cuiac.* quod aliud in vsucapione, aliud in iis legibus sit, quibus tempora in personam actionibus præscribuntur.

Porro declarationem præcitatæ regulæ: quod tempus regulariter pro impleto non sit, videantur *Bart. Bald. & cæteri in dict. l. qua ætate. ibi notanter Cuiac. Gloss. Bart. & DD. in dict. leg. 3. §. minorem. supr. de minor.* Ibi *Bart.* ait, glossam clare & notabiliter præcitatam doctrinam exponere distinguendo, vtrum tractetur de fauore, vel de odio, *Ias. in l. eum qui Calendis. num. 2. ibi Donell. infr. verb. obligat. Alciat. in d. l. anniculus. nu. 2. infr. verb. signif. Duaren. ad tit. n. h. sub. rubr. de his qui testam. fac. poss. Cuiac. ad l. in vsucapionibus. infr. vsucap. gloss. DD. d. §. præterea. Instit. quib. non est permissum fac. testam.*

Hac illatione prima hos textus declaraui, quos in posterum non repetemus: *textum l. qua ætate. 5. h. tit. n. text. l. fin. C. testam. milit. l. 4. C. qui test. fac. poss. & §. præterea. Instit. quibus non est permiss. fac. testam.* Non enim nodus quærendus est in scirpo. Quæ perspicua sunt, ea prolixa esse non oportet.

Nunc tractabimus secundam illationem ad primum substantiale testamenti: quod filiusfamilias testari possit. Hac fallentia aliquot textus tractabimus, quos postea circa methodum resolutiuam non repetemus peculiariter, puta: *l. qui in potestate. 6. in princip. text. in princ. Instit. quib. non est permiss. fac. testam. l. senium. 3. §. fin. l. nemo est. l. pen. & l. fin. C. qui testam. fac. poss.*

147 Hinc infertur 2. filiumfamilias *r* testamenti factionem actiuam non habere *s l. qui in potestate. 6. in princ. ibi Bart. hoc tit. n. text. in prin. ibi DD. Instit. quibus non est permiss. fac. testam. leg. senium. 3. §. fin. ibi Dd. DD. in l. pen. & fin. C. qui testam. fac. poss. Specul. tit. de instrum. edit. §. compendiose. numer 3. Bart. in l. 4. numer. 4. ibi Bald. num. 4. h. tit. n. Rolandin. de testam. 1. part. rubr. 2. num. 1. Panorm. ad rubr. vers. quinto. de testam. in antiq. Phil. Franc. ad rubr. vers. decimo octauo prohibetur testari filius, &c. qui hanc materiam latissime tractat. Dilect. de art. testandi, tit. 1. caut. 1. numer. 1. Ang. Aretin. in tract. de testam. in p. n. 34. cum seqq. Clar. §. testament. quæst. 18. Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 1. & 17. Alphan. in reportat. num. 198.* Rationem hanc adferunt: quod testamentum voluntatis nostræ sententia sit. Vt proinde ab alieno arbitrio pendere nequeat, per prædicta. *Ita Bald.* quem alii sequuntur *in d. l. senium. num. 6.*

r Iura passim requiruit ad testamenti factionem patremfamilias. Nam olim familiæ venditio fiebat in testamento. Quare a capite familiæ, id est, patrefamilias eam fieri conueniebat.

s Declaratio *l. qui in potestate. 6. in princ. vsque ad num. 192.*

At hoc theorema non personæ, *t* sed causæ, id est, testamenti ius concernit: & ita procedit, si ab habente testamenti factionem, atque concurrentibus iis, de quibus supra, dispositio in alienum arbitrium conferatur. Non enim voluntas testamentaria ab alieno arbitrio recte pendere dicetur, quæ non & naturaliter atque ciuiliter præexistat.

t Non personæ ius concernit, id est, non attingit quæstionem de habilitate testatoris. Duę sunt quæstiones, 1. Vna, an quis testamentum facere potuerit, id est, de iure personæ. 2. Altera, an rite fecerit, id est, de iure rei, *l. 5. hoc tit.* Quæstio, Vtrum testamentum ab alieno arbitrio pendere queat, prærequirit ius personæ, & pertinet ad ius rei. Requirit, inquam, proprium & alienum arbitrium, id est, duo arbitria. At filii in talibus, iuris effectu considerato, proprium arbitrium non est. Si non est: Non ergo pendere dici potest.

148 Vera ergo ratio est, quum ius publicum 12. tabularum exigat, vt, qui testatur, paterfamilias *u* sit. Filiumfamilias ergo ob patriæ potestatis nexum testari non posse, cuius respectu neque persona eius integra, neque voluntas libera est. Et personæ quidem statum principaliter hic spectamus, non voluntatis inde dependentis circumstantiam. Id enim si ita esset, patris consensu interueniente, testamentum sustineretur: Quod iura non admittunt. Ita sensere *Cyn. in l. pen. num 1 ibi Alex. num. 3. Dec. in dict. l. senium. num. 11. Vasqu. de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 17. & seqq. Cuiac. in dict. l. qui in potestate. Hotom. Mynsing. & cæteri in princ. Instit. quib. non est permiss. fac. testam. Ascan. de patria potestate. effectu. 9. Petr. Gregor. in syntagm. iur. par. 3. lib. 42. cap. 8. num. 4.*

u Quæritur: Cur magis in testamentis, quam in cōtractibus requiratur paterfamilias? ℞. Hoc ideo esse, ꝙ testamentū disponat de vniuerso iure. Ideoq; antiquitus testamenta fiebant per venditionem familiæ. De familia autē nemo, nisi qui caput familiæ, id est, paterfamilias sit, disponere potest.

Petrus Gregorius loco præcitato, Ratione (inquit) non liberæ Voluntatis, qui in alterius potestate sunt, testamenta condere non possunt. Velle enim non creditur, qui alterius imperio obsequi cogitur, *l. velle. infr. reg. iur.*

Duo hic notanda: I. Neque Gregorium, neque alios DD. exceptis recentioribus, quos adduxi, satis rationes decidendi ad rem propositam explicare. Illi præcipue respectum habent ad voluntatem non liberam filii. At præcipua causa est patria potestas: Vnde non libera Voluntas filii deducitur. Si sola hæc, aut præcipua ratio esset, (non libera inquam filii Voluntas) tum nihil obstaret, quin patre consentiente, filius testaretur: quemadmodum patre consentiente, mortis causa donat. Notetur ergo veram & principalem rationem esse patriam potestatem, vnde reliquæ deducuntur. Gregorius & cæteri non excludunt patriam potestatem: sed rem nō satis dextre explicant. II. Notetur, Gregorium impertinenter huc adducere *l. velle. 41. infr. reg. iur.* Is enim textus non in genere de filiofamilias, sed de eo peculiariter: qui patris imperio obsequitur, disponit. Si pater filio mandet, vt delictum aliquod (non enorme) committat: tum quidem ille filius delinquens velle non creditur. Ita textus verba clare habent: Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini. Ponderetur verbum, qui obsequitur, id est, qui aliquid facere iussus, patris iussui & imperio paret. Et ita etiam *Bulgar. ibi, & omnes DD.* textum per se satis clarum accipiunt: Licet hoc verissime dicatur, nullam esse filii Voluntatem iure ciuili, in patris præiudicium.

Huic porro rationi aliam DD. coniungunt: quod testamentum sit dispositio de bonis testatoris: quum filius, quo ad liberam administrationem, præter castrensia & quasi castrensia bona, nihil habeat, *Bald. d. l. senium. num. 6. Vasq. d. §. 1. num. 7. & 50. Cuiac. d. l. qui in potestate.*

149 Amplia hanc illationem I. in peculio profectitio & aduentitio, *Rolandin. de testament. 1. part. rubr. 1. nu. 1. Dilect. de arte testandi, tit. 1. caut. 1. num. 1. Benedict. cap. Raynutius. part. 1. verb. matrem nomine Cleram. numer. 11. extr. de testament.*

Amplia 2. Nam filiusfamilias ne quidem consentiente patre, testari poterit, *dict. l. qui in potestate. & text. in princ. d. tit. Inst. Ita omnes in d. l. pen. late Clar. d. quæst. 18. num. 1. & 2. Ang. in tract. de testam. in princip. num. 34. Dilect. d. tit. 1. caut. 1. numer. 1. Benedict. d. verb. matrem insuper nomine Cleram. num. 16. Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 1. nu. 4. Alphan. in reportat. num. 198. Grass. d. §. testamentum. q. 33. num. 1.* Tum quod testamenti factio non priuati, sed publici iuris sit: hoc est, non à priuato aliquo, sed à sola lege concedi possit, *l. testam. 3. inf. eod. DD. locis relatis. Bald. in d. l. senium. nu. 2. Cuiac. d. l. qui in potestate. Hotoman. in princ. Instit. quib. non est permiss. fac. test.* Tum quod patria potestas ipsa quoque publici iuris sit: Vt proinde nudo consensu pater eam à se abdicare non possit: Quum certi tantum modi in iure existant, quibus patriæ potestatis ius soluatur, *Bald. d. l. senium. num. 2. ibi Castr. num. 9. latissime Ascan. de patria potestate, cap. vlt. per tot.*

150 Amplia 3. vt pater non possit filium emancipare ad solum actum testandi: quum filius in duplici statu contrario, tanquam paterfamilias scilicet, quo ad actum testandi, & filiusfamilias quo ad alios actus esse non possit: sicut etiam nemo pro parte seruuus, & pro parte liber est, *leg. si tibi* x *34. supr. de adopt. l. 1.* y *in fine prin. C. latin. lib. tol. l. si pariter. 9. in fin. l. duobus 30. infr. lib. caus. l. libertas.* z *31. l. ideoque 34. infr. manum. testament.*

x Si tibi filius in adoptionẽ hac lege datus sit, vt post triennium eundem mihi in adoptionem des, quæsitum est, an actio vlla sit. Et Labeo putat, nullam esse actionem. Nec enim moribus nostris conuenit, filium temporalem habere, &c. Bonum argumentum à tempore ad rem. Vt quis non potest esse filius ad certum tempus: ita neque quo ad certos actus. Videatur pro intellectu *Molin. l. 1. §. sed si mihi. num. 56. infr. verb. obligat.*

y *L. vnic. in fin. prin. C. latin. lib. toll. l. si pariter. & l. duob.* sunt text. expressi ad hoc: quod nemo possit pro parte seruus, & pro parte liber esse. Et sic hæc iura sunt aperta ad hoc, quod status personæ indiuiduus sit.

z Textus *l. libertas. & l. ideoque.* sunt aperti ad hoc, quod libertas ad tempus dari nequeat. Est bonum argumentum à tempore ad rem.

Nam eodem tempore esse in potestate, & esse sui iuris, non potest fieri nisi ex fictione: quam sola lex inducit, non homo priuatus. Ita sensit *Bald. in dict. l. senium. num. 7. ibi copiosa additio. & Castr. numer. 9. Dec. numer. 12. ibi additio.*

additio. Ascan. de patr. potest. cap. vlt. num. 62. & num. 98. Et hanc sententiam veriorem & Communem dicit *Benedict. d. verb. matrem insuper nomine Cleram. num. 27. Matt. Boys in addit. ad Nattam. c. quamuis. part. 1. nu. 4. de pact. in 6.* Pro qua faciunt rationes Vasquii *de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 25. vsque 29.* licet de ea dubitet *Bart. in l. 1. §. in filii. per illum textum. infr. ad SC. Trebell.*

Fundamenta huius contrariæ sententiæ plura à DD. constituuntur.

I. Est *in l. 1. §. in filii. infr. ad SC. Trebell.* In filii quoque familias iudicio, qui de castrensi peculio, vel quasi castrensi testari potest, Senatusconsultum locum habet, *Gouean. libr. 2. lect. c. 33.* aliter textum legit: sed sensui in proposito nil decedit. Dixit ergo textus etiam in militis testamento Senatusconsulto locum esse. *Gloss. ibi verb. locum.* ait, hoc procedere, quo ad alia remedia SC. Trebelliani, non quo ad quartæ deductionem. In militis enim testamento quartam non deduci, allegat in id iura aperta, puta *§. denique in d. l. 1. & l. Marcellus 3. §. quod autem. infr. eod.* Ex horum ergo iurium coniunctione liquet in persona filiifamilias militis duplicem respectum concurrere posse. Mouet *Bart. ibi* quæstionem nostram: An filius quo ad vnum actum tantum, puta, quo ad factionem testamenti emancipari possit? Et respondet, videtur, quod sic. Quia (inquit) lex hoc facit. Nam in castrensi, vel quasi castrensi habetur loco patrisfamilias: in cæteris non. Addit tamen cogitandum.

II. Fundamentum est in *l. si ab eo. 11. C. leg. hered.* Vbi potest fieri emancipatio, retentis iurib. legitimis. Et sic ibi est filius & non filius. Qui casus noster esse videtur, addatur *Ceph. consil. 408. num. 73.*

III. Fundamentum est *in l. communium. 9. in princ. C. natural. liber.* Ibi dicitur, quod legitimatus per oblationem Curiæ, consequatur iura legitimorum liberorum respectu legitimantis solummodo, non respectu aliorum agnatorum, aut cognatorum. Quia nec legitimatus ipsis agnatis, aut cognatis, neque agnati, aut cognati legitimato succedunt. Et sic ibi textus est, quod quis legitimus esse possit, quo ad quid. Addatur *Ruin. cons. 94. num. 15. lib. 3. Cuiac. lib. 17. obseruat. c. 6. Delrio in remiss. pag. 201.*

IV. Est *in Auth. sed episcopalis. C. Episc. & Cler.* Ibi dignitas liberat à patria potestate, quatenus id filio prodest, non quatenus nocet. Ergo ibi textus apertus est ad hoc: quod quis partim emancipatus, & partim non emancipatus esse possit. Videtur esse casus noster. Addatur *Alphan. in report. num. 445.*

V. Est *in l. cum multa. 7. C. bon. quæ lib.* Vbi donata à principe, vel Augusta, non quæruntur patri, quo ad vsumfructum, sicut nec castrensia bona. Et sic talis donatarius partim est pro filio, partim non est, quo ad rem scilicet donatam.

VI. Est *in c. si annum. est textus fin. de iudic. in 6.* Ibi quis est filius, & non est. In spiritualibus enim non curatur patria potestas. Ergo in eiusmodi filius in iudicio esse potest sine patris assensu.

Hæc sunt fundamenta textuum huius quæstionis: sed possent multo plura colligi ex loco de tanquam seu respectiuis. Nam constat in vna persona diuersos & etiam contrarios respectus concurrere posse.

Exemplum est in Cæsare nostro: illius Maiestas est, & Dominus orbis atque Imperator, & Vasallus Imperii ratione certarum dignitatum.

Rex Daniæ est & dominus regni, & eiusdem Vasallus. Quare & feudum dat, vt rex, & illud petit atque accipit per Procuratores, vt Dux Holsatiæ, &c.

Plura exempla huius rei sunt in topicis Euerhardi.

Ita ergo ex omnibus præcitatis textibus argumentor pro Bartolo contra Baldum:

Ea, quæ separationem atque distractionem recipiunt, indiuidua haudquaquam perhiberi possunt.

Sed status personæ separationem atque distractionem recipit.

Ergo haudquaquam indiuiduus dici potest. Quod Baldus & Baldi sequaces affirmant.

Minor probatur omnibus textibus præcitatis, puta: *d. l. 1. §. in filii. infr. ad SC. Trebell. d. l. si ab eo. C. legit. hered. d. l. communium. in princ. C. natur. lib. d. Auth. sed episcopalis. C. Episc. & Cler. d. l. cum multa. C. bon. quæ lib. d. c. fin. de iudic. in 6.*

Respon. ad probationem minoris: status hominis est indiuiduus, id est, non diuiditur dispositione hominis priuati. At non est indiuiduus, sed diuiditur, quo ad dispo-

ſitionem legis animatæ vel inanimatæ. Imperator facere poteſt, vt quis emancipetur, quo ad quædam: priuatus homo id facere non poteſt. Quia legis & vniuerſa iuris ciuilis machina in arbitrio Cæſaris eſt, & eorum, qui legis condendæ poteſtatem habent: non in arbitrio priuati. Ius enim publicum pactis priuatorum non tollitur. Hanc reſponſionem tradunt DD. locis præcitatis. Videte *Barbatiam ad Baldum d. l. ſenium. & Aſcan. loco præcit. num. 62.*

VII. Argumentum recitat Caſtr. *in d. l. ſenium. num. 9.* de diſpenſatione. Diſpenſari poteſt cum aliquo, vt habilis ſit, quo ad quædam, &c. Ad hoc reſpondet *ibi Caſtr.* qui videatur.

VIII. Argumentum habet *Barbatia loco præcitato.* Argumentatur ille à ciuitatis poteſtate ad parentum poteſtatem. Fieri (inquit) poteſt, vt quis ciuis ſit, quo ad quædam, & quo ad quædam, non ſit. Ergo idem in filio. Reſpondet ibi, Ciuitatem habere vim legis condendæ.

IX. Et vltimum argumentum eſt apud eundem Barbatiam, ſub dubio tamen forte. Forte, inquit *Barbat.* quum non reperiatur prohibitum, videtur eſſe permiſſum. Reſpondeo 1. ſatis prohibitum hoc eſſe per iura præcitata, quæ ſtatum hominis indiuiduum eſſe probant. 2. Certa ſunt ſubſtantialia, certa eſt forma, certi ſunt effectus emancipationis. At nemo facere poteſt, ne leges in ſuis actibus locum non habeant.

Hinc perſpicimus, Baldi ſententiam eſſe veriſſimam & indubitatam, eoque tenendam.

Verum Barbatia, quum multa ſurſum, deorſum permiſcuiſſet, tandem addit: cogita. Quia ſum minimus ſcholaris nunc. Dubitat ille, nodum quærens in ſcirpo.

Fuit hic Barbatia in adoleſcentia homo pauperrimus: Quare lectiones ſuas, quas à præceptoribus audiuiſſet Bononiæ, in templis repetere ſolebat: quod ibi ſacrorum luminum vſu iuuaretur: & ipſe tantum non haberet, vt candelas comparare ſibi poſſet. Poſtea ita profecit, vt *Iaſ. in proœmio tit. de action. num. 4. Inſtit.* (ſi modo is tractatus *Iaſonis* eſt) eum clariſſimum vtriuſque cenſuræ interpretem nominarit. Quanquam *Tiraq.* de eo ſcribat, quod ſæpe ſibi ſit contrarius, ita *in tract. de iure primig. q. 17. num. 11.* Fuit homo ingenio felici ille quidem, ſed non admodum conſtans iuſtitiæ ſacerdos. Hoc enim ipſi vitio vertitur, quod ſæpe allegarit deciſiones Rotæ, quæ in rerum natura non eſſent, vt iudices deciperet. Et vt plurimum hic Barbatia à DD. in reprehenſionem vocatur, adeo, vt ſcribant eius opiniones non ob oculos, ſed poſt tergum habendas eſſe. *Videatur Menoch. remed. recuperand. 14. num. 57. Tiraquell. de vtroque retract. 2. part. §. 1. gloſſ. 7. num. 54.* Nimio diſputandi ſtudio ſemper recepta dogmata euertere conatus eſt: Verum pro ingenii laude deliri ſenis ſibi nomen attraxit. *Forſterus in lib. 3. de hiſtoria iuris.* Huius ergo viri induſtriam, in vrgendo ſtudiorum curſu, ſequantur omnes, maxime pauperes. Huius peruerſos mores fugiant omnes ex æquo. Iureconſultum enim normam rectitudinis & iuſtitiæ aliis eſſe oportet. Veram, inquit Vlpianus, non ſimulatam philoſophiam profitemur: Et Ariſtoteles: οὐ γὰρ ἵν' εἰδῶμεν τί ἐστιν ἡ ἀρετὴ σκεπτόμεθα, ἀλλ' ἵν' ἀγαθοὶ γενώμεθα. Multi illuſtres & clariſſimi fuere ſcientia: ſed quum à iuſtitiæ tramite deflecterent, omnibus tandem contemptui fuere. Talia ſunt Oldradi, Demoſthenis, & aliorum exempla. Nos ita iura diſcamus, vt ſtudia noſtra ad honeſtatem, ad iuſtitiam, cuius ſacerdotes ſumus, ad DEI Opt. Max. honorem & Eccleſiæ ſalutem conferamus. Magnum dedecus eſt Medico, ſi ipſe immoderate viuat, aut alias artis regulam aſpernetur. Maior ignominia eſt Iureconſulto, ſi iuſtitiæ ſacerdotem ſe perhiberi cupiat, & flagitiis opertus ſit, iureque abutatur. Quantum autem iuſtitia omnibus virtutibus præſtat: tantum illos, qui iuris & iuſtitiæ ſtudia colunt, ſiue Doctores, ſiue diſcipuli ſint, morum ſanctimonia, vitæ innocentia, & cultura iuſtitiæ aliis antecellere oportet.

Amplia 4. In filio dubitante vel errante de ſtatu ſuo, vel ignorante, 151
vel cuius ſtatus pendet. Nam certi & integri ſtatus hominem certo iudicio teſtari oportet, vſq; adeo, vt teſtamentum ita factum funditus nullum ſit, *l. qui in domini. 14. cum l. ſeq. ibi Bart. Bald. Caſtr. Cuiac. & Delrio in remiſſion. hoc tit. n. leg. 1. in princ. ibi Bart. infr. legat. 3. Corn. conſ. 68. in ſubſcriptione. numer. 3. prope fin.* vbi practicam articulandi & probandi in hoc paſſu docet,

docet, *lib.1.cons.204. num.9. vsque ad fin.lib.3. Iul. Clar.d.q.18.num.4.* dicens communem. Eandem communem dicit, & multis allegationibus ornat *Vasqui. de success. progress. lib.1.§.1.num.2.& 3. Sim.de Prat.de interp. vlt.volunt. lib.2.dub.1.solut.4. num.89. Grass.§. testamentum. quæst.23.num.7.* Idemque est de hærede, vt adire hæreditatem non possit, si de conditione testatoris incertus sit: paterfamiliasne an filiusfamilias fuerit: etsi eius conditionis extiterit, vt in veritate testari potuerit, *l.hæres.32.ibi Bart. & DD. cum l.seq. infr.acquir.hæred.* Quæ ita tamen vera sunt, quando altera pars dubitationis tendit ad nullitatem testamenti, a *Bart. & Castr. d.l.statu. Bart.d.l.1.infr. legat.3. Corn.d.cons.204.num.9.*

a Puta, dubito, an sim paterfamilias, vel filiusfamilias, vna pars tendit ad nullitatem. Quia si sim filiusfamilias, non potero testari. Aliud, si dubitem, verum sim Francus, vel Misnensis. Nam neutra tendit ad nullitatem. Ergo testari potero.

152 Subamplia hanc ampliationem, vt licet filiusfamilias communi opinione habeatur sui iuris: testari tamen nequeat, *Franc. Niconit. ad rubri. num.234.infr. de noui oper. nunciat.* Quæ non modo communis, *Vasq. de success. progress. libr.1. §.1. num.2.* sed etiam verissima sententia est: *b* quum errans de suo statu non testetur, per prædicta. Quibus addatur *Benedict. d.verb.matrem insuper nomine Cleram.num.4. Tiraq.de leg.connub.gl.8.num.157. vbi ad gl.l.2.verb.seruus.C.edict.D.Hadr.toll.respondent.* Nihilque adduci possit, cur ob communem errorem filiofamilias testamenti factio tribuenda sit. Aliud est, si extra materiam nostram, de iure tertii, aut præiudicio quæratur. Nam tunc communis opinionis respectum habendum esse æquitatis ratio postulat, non minus in iis, quæ priuatam commoditatem concernunt, *l.2.C.ad SC. Maced.* quod recte contra DD. tradidit *Tiraq.de l. connub gl.8 num.144.cum seqq.maxime num.158.* quam quæ ex officio publico dependent, *l.Barbar.2.ibi DD.latissime, & ex recentioribus Vacca, Baro, Corasius, Alphanus in reportat. num.199. & Delrio in remiss.pag.9.supr. offic. prætor.* Circa quem textum tamen interpretes vltra communem opinionem, seu errorem, *Dec.in c.gratum. nu.6.extr.offic.deleg. Tiraq.de l.connubial.gl.8.nu.160. cum seqq. Ceph.cons.684.num.120.139. Vant.de nullit.rubr.ex defectu iurisd.deleg. num.74. Paris.cons.124.nu.10.lib.1.* eundemque probabilem, non supinum, *Socin.reg.282.incip.lex Barbarius fallen.6.Gabr.Roman.lib.1.recept.conclus.tit.de probat.conclus.8.num.31 fall.6.* & non modo solennem electionem, seu titulum superioris habilem exigunt, ne in causa efficiente defectus sit: quum pactis priuatorum iurisdictio non tribuatur, *DD.in d.l. Barbarius. ibi Ias.nu. 22 Dec.in c.gratum num.6.extr.offic. deleg. Socin.reg.282. l. Barbarius.fall.1. latissime Gabr.Rom.lib.1.recept.conclus.tit. de probat.conclus.8 fall.3.num.21. Corset. sing.102. Gouean.lib.1.lect.iur.var.c.6.in fine. Vasq.de success.creat.lib.2.§.17.nu.13. Carol. Ruin.cons.48.nu.4.lib.4. Paris.cons.1.* c *nu.56.57.lib.1. Cephal.cons.684.* d *nu.130.136.* Sed etiam officium publicum, quod vtilitate publicum sit, desiderant. Ob publicam enim vtilitatem gesta eiusmodi sustinentur, *DD. d.l. Barbarius. ibi Ias.num.71. Vant.loco præcit. num.74. Socin.reg.282. lex Barbarius.fall.2.latissime Gabr.Rom. d.conclus.8.limitat.4.num.28. M.Mantua sing. 140.Menoch.de arb.iudic.lib.2.cent.5.casu 402.nu.11. Ceph. d.cons.684.n.134. Gouean.lib.1. lect.c.6.in fin.* Quemadmodum & tyrannorum acta eadem ratione consistunt, late *Bodin. de republ.lib.2.c.5. fol.214.215.* etsi plerisque visum sit, communem errorem ius non facere. *e* Qua de re videnda est elegans disputatio *Rober. Aurel.lib.1.lect.c.38. Gouean.d.cap.6.*

b Videtur obstare *l.2.cum gloss. verb. seruus. C.edict. D.Hadr. toll.* Dicitur ibi, eum, qui testamentũ pro se habet, in possessionem mittendum, etiamsi testator seruus fuisse dicatur. Addit glos. qui tempore mortis pro libero habebatur. Et sic ibi est textus cum gl. Quod seruus pro libero communiter habitus, testari possit. Sed respondet *Tiraq. de leg.connubial gloss.8.nu.159.* eam loqui in possessorio, non petitorio. Nihil ibi agitur petitorie. Nulla ibi quæstio est de habilitate, vel inhabilitate testatoris: sed de possessorio, in quo omnes exceptiones, altiorem indaginem requirentes, reiiciuntur.

c Ibi respõdet contra tyrannum, non habentem iustum titulum.

d Ibi solẽniter materia *l.Barbarius.* examinatur.

e Id est, Barbarium, de quo *d.l.2.* meminit, neq; liberum, neque Prætorem fuisse. Et de hac materia videantur etiam *DD.in l.1. C. eod.* cuius text. materiam inf. coniungo, cum *l.ad testium. §. conditionem h. tit. n.* vbi vide.

Ad testamenti substantiam exigitur, vt testator de suo statu non dubitet. Quæritur: quæ hic sit communis erroris vis & potestas? Respondeo: nulla. Nam actus testandi fundatur in testatore, non in aliis aut aliorum errore. At iura errantes & dubitantes à testamenti factione excludunt: & certi status atque certo iudicio disponentem testatorem requirunt.

At alias vbi de tertii præiudicio quærimus, magna est communis erroris & opinionis authoritas.

Primum exemplum sit de *l.2. C. ad SC. Maced.* ad quod adiungendus *Tiraquell loco præcitato.*

Secunda facti species sit de Constitut. Electorum Saxoniæ, iam olim publicatis super vsuris quincuncibus, quas quum prope extabuissent errore atq; opinione communi, Illustrissimus Elector Augustus augustissimæ recordationis, Anno M. D. LXXXIII. Torgæ renouauit. Quæritur, quum ante renouationem multis vsuræ quincunces abiudicatæ sint, propter communem stylum Curiarum, opinionis errore receptum, an illi Processus rescindendi sint? Respondeo, minime rescindendos: quum error communis ius faciat.

Simile thema reperio apud Plinium iuniorem lib.10. epistolarum, sub rubr. de adiectione ciuium.

Quum enim contra legem Pompeiam, quæ pene extabuisset, multa recepta: ea autem lex postea à Traiano Cæsare renouata esset: interrogauit Plinius iunior Traianum: Vtrum omnia medio tempore, communi errore contra legem illam recepta, tollenda essent? Respondit Plinio Traianus in hæc verba: Merito hæsisti. Nam & legis authoritas, & longa consuetudo vsurpata contra legem, in diuersum mouere te potuit. Mihi hoc temperamentum eius placuit, vt ex præterito nihil nouaremus: in futurum autem lex Pompeia obseruaretur: cuius vim si retro quoque custodire velimus, multa necesse est perturbari, &c.

Voluit ergo Imperator optimus, vt medio tempore contra legem recepta, firma permanerent: quum etiam in errore communi & publico ius consistat: Legem autem in posterum valituram renouauit. Quod boni principis officium est. Tyranni autem leges antiquas renouare non solent, vt hoc prætextu incautos pœnis implicent & difficultatibus, idque ab arcanis veterum tyrannorum Neronem didicisse aiunt. Videatur *Bodin. de republ. lib.3. c.4. fol.290.*

Tertia facti species est in materia *l. Barbarius Philippus.* Quid, si Elector aliquis, aut Princeps communiter pro iudice ordinario habitus, adeatur, & contra aliquem procedat: Quæritur, si non modo nihil de incompetentia oppositum: sed ab vtraq; parte vsque ad finem litis processum, & exequutio quoque facta est: an ex post facto exequutio & Processus agitatus retractari possint? Dico, communem errorem ius facere.

Ego puto theoricam Accursii & Bartoli omnino retinendam esse: Quod communis error ius faciat. Ad eam probandam produco textus, quos ex ordine adducit *Tiraquel. de legib. connubial. gl.8. num.146. cum seqq.*

Deinde idem probat *l. Barbarius Philippus.*

Robertus Aurel. Goueanus & alii contendunt, acta ibi tenere 1. propter publicam authoritatem, 2. & vtilitatem. Concedo, neque tamen communis opinio excludi potest. Faciunt, quæ in iure de authoritate communis opinionis disputantur.

Textus *d. l. Barbarius.* est difficillimus: sed theorica, quam DD. ex eo eliciunt: Quod communis error ius faciat: maximum in praxi vsum habet. Tria ibi quæruntur: 1. An Barbarius fuerit effectus liber: 2. An fuerit prætor: 3. An eius gesta seruentur. Tertia quæstio clare deciditur: quod eius gesta seruentur. Idem obseruatur in actis per tyrannos. Videte pulcherrimam disputationē Bodini. In cæteris quæstionibus DD. mirifice variant. Ego cum Accursio & Bartolo sentio: & liberum, & Prætorem eum fuisse. Nam si consequens admittimus acta illius Barbarii consistere ex humanitate: quid ni etiam antecedens admitteremus? Vt quemadmodum acta consistunt: ita etiam liber is, & prætor, iuris interpretatione habeatur.

Fallit hæc quarta ampliatio 1. in militis & veterani testamento, *l. ex militari. 11. §. fin. infr. testam. milit. l. Aristo. 9. infr. iure codicill. glos. in d. l. de statu. in fin. Bart. d. l. 1. infr. legat. 3.* licet alias quædam in his differentia sit, *l. pen. §. filiusfamilias. infr. Castr. pecul.* 155

Fallit

Fallit 2. in dubitante de statu præsenti: aliud si de futuro dubitet, vt est in condemnato, qui appellauit, & in accusato, dict. l. si quis. 9. ibi Bald. num. 1. Castr. & reliqui. d. l. qui à latronibus. §. si quis.

154 Amplia V. vt idem sit in illis casibus, in quibus aduentitiorum vsusfructus patri non acquiritur, quos tradit gl. in Auth. idem est in his. C. bon. quæ lib. & remissiue Ias. in l. pen. num. 2. C. qui test. fac. poss. gl. & DD. in princ. Instit. per quas person. nob. acquir. Ascan. de patr. potest. effectu 2. num. 44. Nam de illis etiam bonis filiifamilias testari non possunt. d. l. pen. ibi DD. ordinarie, & præ cæteris Ias. latissime. Bart. dict. l. qui in potestate. num. 2. ibi Cuiac. Vasqu. de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 4. Petr. Greg. d. cap. 8. num. 4. Et hanc veriorem dicit Specul. tit. de instrum. edit. §. compendiose. num. 4. Bened. d. verb. matrem insuper nomine Cleram. num. 14. ibi quatuor rationes adducit: & receptiorem omnes vno quasi ore perhibent, puta, Castr. in d. l. senium. num. 6. Alex. d. l. pen. num. 1. & 2. ibi Ias. num. 2. Ludouic. Roman. cons. 512. num. 3. ibi addit. verb. testari. Clar. d. quæst. 18. nu. 2. Roland. de testam. part. 1. rubr. 2. nu. 7. Vasq. de success. creat. lib. 3. §. 22. nu. 10. VVesenb. cons. 17. n. 3. qui Decii sententiam contrarium tenentis non veram esse testatur. Ascan. de patr. potest. effectu 9. num. 4. Grass. d. q. 23. num. 2. Quum in hisce bonis pro patribus familias non habeantur. Iason. d. l. pen. num. 3. vers. stat ergo, &c.

155 Circa hunc textum duo nobis sunt examinanda: 1. Verus sensus textus: 2. Videndum, quo pacto respondendum sit iuribus, quæ DD. pro contraria sententia adferunt. Video enim DD. tres textus in contrarium ponderare, 1. l. fin. §. filiis autem familias. C. bon. quæ liber. 2. text. in princ. in Nouell. vt matri & auiæ. 3. l. Imperator. infr. ad SC. Trebell.

Hæc fundamenta tanti momenti visa sunt Decio, vt ille à communi & vera DD. sententia recesserit.

I. Ad verum textus sensum quod attinet, obseruabitis, textum d. l. pen. non esse legem simplicem, sed relatam, & quidem interpretatiuam. Ita enim verba habent: Nemo ex lege, quam nuper promulgauimus, in rebus, quæ parentibus acquiri non possunt, existimet aliquid esse innouandum, &c.

Sunt enim leges duplices: Quædam simplices, quædam relatiuæ, quæ ad alias referuntur.

Lex omnis relatiua 1. aut est confirmatio: 2. aut interpretatio: 3. aut productio, seu suppletio, quæ legem de specie vna ad aliam producit: 4. aut surrogatio, quæ prioribus legibus aliquid addit: 5. aut abrogatio, quæ legem veterem omnino tollit: 6. aut derogatio, quæ partem legis veteris tollit: 7. aut abrogatio, quæ partem alterius legis mutat, Bodin. de republic. libr. 1. cap. vlt. mihi fol. 154. Pac. in orat. de studio iuris. fol. 42.

Hæc lex nostra est, vt dixi, lex relatiua, partim confirmatoria, quia confirmat legem veterem, partim interpretatiua, seu declaratoria, quia declarat l. fin. C. bon. quæ liber. Quotuplex interpretatio sit, nihil opus est dicere, ne nimium à materia recedam. Habui hæc nuper in facti specie grauissima.

Si est relatiua, constare nobis oportet, ad quem textum iuris referatur. Non autem laboramus de lege nostra, quatenus est confirmatoria, sed quatenus est declaratiua.

Accursius in gl. 1. dicit, textum nostrum referri ad l. fin. C. collat. sed postea hanc sententiam corrigit, & dicit textum referri ad l. fin. §. filiis autem familias. C. bon. quæ lib. Iason autem in d. l. nostra. alterius etiam textus meminit, puta, l. cum oportet. 6. §. sin autem. C. bon. quæ liber.

Hoc nos firmiter teneamus, textum nostrum referri ad l. fin. in prin. & §. filiis autem familias. C. bon. quæ liber. Hoc vobis demonstro.

Textus d. l. pen. refertur ad legem distinguentem: Vtrum filius bona aduentitia sine vel cum patris consensu obtineat.

Nullus textus ex relatis iuribus talem distinctionem tradit, præter d. l. fin.

Ergo ad nullum alium textum lex nostra referri poterit, quam ad d. l. fin.

Maiorem probo verbis d. l. nostra. Nemo, inquit Imperator Iustinianus, ex lege,

quam nuper promulgauimus, in rebus, quæ parentibus acquiri non possunt, existimet aliquid esse innouandum, & permissum fuisse filiisfamilias cuiuscunque gradus vel sexus testamenta facere, siue sine patris consensu bona possideat, secundum legis nostræ distinctionem (quod notetur) siue cum eorum voluntate, &c. Clarissime sese Imperator ad eiusmodi legem refert, quæ distinctionem proposuerit, vtrum filius teneat bona aduentitia cum vel sine patris assensu.

Minor ipsa quoque ex legum inspectione manifesta est. Ex præcitatis textibus nullus talem distinctionem proponit præter *d l.fin.*

In *l. cum oportet.* recitatur quidem distinctio: at talis non ponitur ibi. Agitur ibi quidem de vno casu, quando pater res aduentitias filio permittit, & sic illæ res apud filium sunt ex voluntate patris. Quæ res DD. aliquos decepit, vt textum legis nostræ eo referri crederent. Sed nihil est. Imperator respicit ad distinctionem: vtrum apud filium bona aduentitia sint ex voluntate patris, vel contra voluntatem.

Puta: filio defertur hæreditas: pater vult, vt filius eam adeat: Illa hæreditas est apud filiũ ex consensu patris. Pone patrem nolle, vt filius adeat: filius adire tamen potest: Illa hæreditas est apud filium, patre repugnante. Ad hanc distinctionem respicit Imperator in lege nostra: & illa distinctio nusquam quam *in l.fin.* traditur.

Quum ergo constet, textum nostrum referri *ad d. l.fin.* de vero sensu facilime constituere possumus.

In illa *l.fin.* distinguit Imperator: Vtrum aduentitia deuenerint ad filium, consentiente, an vero repugnante patre. Et si ad filium peruenerint, patre repugnante, Imperator clare decidit, patrem vsumfructum non habere.

» Tandem ibi Imperator *in §. filiis autem familias.* ita pronunciat: Filiis autem familias
» in his duntaxat casibus, in quibus vsufructus apud parentes constitutus est, donec pa-
» rentes viuunt, nec de iisdem rebus testari permittimus.

Notentur hæc diligentissime: Filiis, inquit Imperator, in his duntaxat rebus non permittimus testari, in quibus parentes vsufructum habent, &c.

Ex illa lege Iustiniani, quum esset publicata, mox aduocati concluserunt: si bona peruenissent ad filium, reluctante patre, patrem non habere vsumfructum: & filium testari de illis bonis posse. Hoc, inquam, elicuerunt ex *d.l.* Imperatores, per argumentum à contrario sensu.

Quum ergo Imperator noster certioratus esset, quid plerique ex illa *l. fin.* contra ipsius intentionem concluderent: mox legem hanc nostram relatiuam & interpretantem tulit, qua interpretatur *d. l. fin.*

Nemo (inquiens) ex lege, quam nuper promulgauimus, in rebus, quæ parentibus acquiri non possunt, existimet aliquid esse innouandum, & permissum fuisse filiisfamilias cuiuscunq; gradus vel sexus testamenta facere, siue sine patris consensu bona possideat, secundum legis nostræ distinctionem, siue cum eorum voluntate: (id est, non sunt hi casus distinguendi, nulla inter hos casus distinctio fiat, quasi isto casu, vbi bona ad filium peruenerint, volente patre, filiis testari liceat.) Nullo enim modo permittimus hoc eis, sed antiqua lex per omnia conseruetur, quæ filiisfamilias (nisi in casibus certis) testamentum facere nullo modo concedit, & in his personis, quæ huiusmodi facultatem habere iam concessæ sunt, &c.

Ergo ex textu *d. l. fin.* clarissimus est legis nostræ sensus. Et quod aliqui DD. multa sursum deorsum inter se permiscent, id nulla alia ratione factum est, quam quod in fundamento errarunt. Nam debuerunt ante omnia inquirere, ad quem textum nostra lex esset referenda. Vbi incertum est fundamentum, ibi omnia, quæ super struuntur fundamento, sunt incerta. Nobis autem constat de fundamento liquidissime, quod lex nostra referenda sit ad *d.l.fin.* Ergo de eius sententia dubitare non possumus.

II. Ad contraria legis nostræ quod attinet, ea nunc ex ordine resoluemus.

Et perperam aliqui cum lege nostra textum *l. fin. §. filiis autem familias. C.bon.quæ liber.* committunt: quum clarissimum sit, textum *d.l.pen.* relatiuam legem esse, & ad *d.l.fin.* respectare. *f* Vt proinde dubitationem, quæ ex illa lege extiterat, Imperator hac lege sustulerit. 156

f DD. multi sese torquent, vrgentes exclusiuam particulam *d. §. filius autem familias.*

Male etiam huic legi nostræ textus *in Auth. in princip. Vt matri & auiæ.* opponitur.

Quum

Quum enim principale thema illius Constitutionis haudquaquam de liberorum testamentis, sed de hoc tantum sit, vtrum patri & illis, qui liberos sub potestate habent, vsusfructus dispositione inter viuos, vel testamentaria auferri queat: atq; hoc ipsum solummodo & non plus Imperator ibi definiat: *g* quod vsusfructus ita patri donatione & testamento adimi possit, vt pleno iure liberorum administrationi permittatur, patre ab omni illorum bonorum participio excluso: Perperam ergo illi ratiocinantur, qui ex verbis illius textus, ibi (licentiam habeant quo volunt modo disponere) colligunt, liberis testamenti factionem illa Constitutione iis de bonis permissam, in quibus patri vsusfructus non quæritur.

g Adde pro extensione huius textus, si patri adimatur administratio bonorum ab auo materno, quod ei etiam vsusfructus ademptus intelligatur. *Schurf. cons. 20 num. 16. cent. 2.* Quo pacto autem auus quoque paternus nepotibus maternorum & suorum bonorum nomine cauere possit, vide *Dilect. de arte testandi tit. 3. caut. 14.*

Imperator *in d. Authen.* duo membra proponit: 1. Quod & talia bona patri omnino auferri, 2. & liberis plene concedi possint, vt de illis disponere queant. Tantum loquitur de themate proposito. Administratio est penes patrem, si ille habet vsumfructum. Quare dicit, ita bona filiis attribui posse, vt ille nullam administrationem habeat, sed ea penes liberos sit. Hæc est veritas. Nulla fuit ibi quæstio: Vtrum filii testari possint, vel non possint: sed de vsufructu administratione patri adimenda. Et agitur de auferendo illo iure, quod patri quæritur in filiorum vita. Ad quod necesse non est, vt filiis concedatur ius inter viuos, & per vltimam voluntatem de bonis disponendi: sed satis est, si ius habeant disponendi inter viuos.

Tum quod lex noua generaliter loquens, recipiat distinctionem & limitationem per leges antiquas, *DD. d. l. pen. ibi Alex. num. 3.* qui ita omnes sentire ait.

Tum quod lex non disponat, nisi de eo, de quo in ea quæritur & dubitatur: cætera vero vel idonea præsupponat, vel in cæteris legibus relinquat, vt post *Gemin. Dec. Iason.* docuit *Carol. Molin. ad l. vnic. quæst. 10. n. 285. C. sent. quæ pro eo quod. int. profer. l. furiosum. 9. in fin. C. qui testam. fac. poss.* Quam responsionem Modernis *Decius* attribuit, & nulla de causa in reprehensionem vocat, *d. l. pen. num. 6.*

157 Minus obstat *l. Imp. 50. infr. ad SC. Trebell.* Nam ibi filius in fideicommisso, sibi plene acquisito, militi æquiparatur, non quo ad testandi facultatem, sed quo ad effectum agendi & conueniendi in iudicio: idq; clarissime textus ibi dixit, eiusmodi filium militi comparandum, si res à possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oporteret. Testandi autem licentia filio vtique concessa non fuit. Nam fideicommissaria hæreditas à patre, quod eam euerteret, filiofamilias ex decreto Adriani repræsentata, propria filiifamilias esse dicitur, quamdiu is filius viueret: Qua adiectione Papinianus ibi frustra vsus esset, si filiofamilias testandi fuisset concessa licentia. Atq; ita *Bart. ibi nu. 3.* textum recte exponit, sequitur *Ias. in d. l. pen. num. 3. vers. septimo. ibid. refert Dec. num. 9. licet ipse dissentiat. Addatur Cephal. cons. 112. nu. 12. 13. 14. Cuiac. d. l. qui in potestate. Francis. de Caldas in l. si curatorem. verb. læsis. num. 96. C. in integr. restit. min.*

Verba legis sic habent: Imperator Hadrianus, quum Iunius Cerealis filio suo Iunio Simonidi, si in potestate sua esse desiisset, hæreditatem restituere rogatus esset: ac multa in fraudem fideicommissi fieri probaretur: restitui filio hæreditatem iussit: ita ne quid in ea pecunia, quamdiu filius eius viueret, iuris haberet. (Ratio decidendi.) Nam quia cautiones (id est, de restituenda hæreditate quum extiterit conditio) non poterant interponi, conseruata patria potestate, (id est, cautio non poterat habere locũ, durante patria potestate) damnum conditionis, propter fraudem inflixit: (id est, fideicommissum conditionale purum Imperator effecit. Damnum rerum est amissio rerum. Ita hic nominat Vlpianus damnum conditionis, id est, purificationem fideicommissi) post decreti autem autoritatem, (id est, postquam Imperator Adrianus ita decreuit, quod fideicommissum purum, & hæreditas ita restitui deberet, vt nihil iuris esset patri in ea, viuente filio) in ea hæreditate filio militi comparari debuit:

(mox

(mox addit Papinianus restrictionem, qua in re illa æquiparatio facta sit) si res à possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oporteret, &c.

Ex duobus ergo clarissimum est, textum hunc filio non concedere testandi facultatem. I. Quia patri adimitur omne ius in hæreditate fideicommissaria, non simpliciter, sed viuente filio: Mortuo autem filio, in familia, etiamsi de ea testatus sit, (Quia ipso iure nullum est testamentum,) hæreditas redit ad patrem. II. Quia Papinianus æquiparationi statim limitationem addit. Filius (inquit) æquiparatur militi, si scilicet res à possessoribus peti, vel cum debitoribus agi oporteret. Ponderetur conditionalis oratio, si res, &c.

Amplia VI. Nam etsi testamentum militari modo factum à pagano conualidetur, si is miles postea decedat, *Petr. Bellin. de re militar. part. 7. tit. 1. nu. 23.* testamentum tamen filiifamilias ab initio nullum, non conualescit, etiamsi testator postea sui iuris efficeretur, *l. si filiusfamilias. 19. h. tit. n. l. 1. §. sed si filius. infr. legat. 3. cap. non firmatur. 18. de reg. iur. in 6. Rolandin. de testam. part. 1. rubr. 2. num. 1. Benedict. d. cap. Raynutius. verb. matrem insuper nomine Cleram. num. 12. Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 4.* 158

Amplia VII. In testamento inter liberos. *Bened. loco præcit. nu. 5.*

Amplia VIII. In dote aduentitia. Nam etsi dos aduentitia in totum filiæ acquiratur, *l. Caius.* h *46. supr. solut. matr.* vsque adeo vt in ea ab intestato hæredem iure habere, i *l. auus. 82. ibi gl. verb.* k *reuerti. supr. iure dot.* & pro tali dote sine consensu patris in iudicio agere possit, *gl. & DD. in l. 2. § quod si in patris. supr. solut. matrim.* Tamen iure Romano filia maritata iuri patriæ potestatis non eximitur, l *l. si vxor. 5. C. condit. insert. Ascan. de patr. potest. cap. 5. numer. 76.* Neque vllo iure relatum est, filiam in dote priuilegium testandi habere, quod habet filius in castrensi, vel quasi castrensi peculio. *Alex. cons. 17. num. 1. lib. 2.* atque ita interpretes concludunt *in d. l. senium. & in d. l. pen.* Et hanc communem dicunt *Alex. d. l. senium. nu. 3. Dilect. de arte testandi tit. 1. caut. 1. num. 1. Clar. d. q. 18. num. 3. Grass. d. q. 23. num. 3. Ang. Aretin. in tract. de testam. in princip. num. 43.*

h De intellectu huius legis videatur *Gabr. Roman. libr. 3. comm. conclus. tit. de verb. oblig. conclus. 1. n. 73. vers. nono limita. Straccha de adiecto. num. 155. & 157. Alciat. cons. 100. n. 5. lib. 8.*

i Aliud in dote profectitia, *Angel. in tr. de testamen. gloss. 72. num. 2.*

k Textus ibi clare dixit: talem dotem profectitiam non reuerti ad patrem: addit glossa, sed ad mulieris hæredes, *Gabr. Roman lib. 3. commun. conclus. tit. de iure dotium. conclus. 5. num. 7. Cephal. cons. 485. num. 20. Alphan. in reportat. num. 283.*

l *Bodin. de republ. lib. 1. c. 3. mihi fol. 15.* contendit, regulam hanc iuris ciuilis cum iure naturæ, & iure diuino pugnare. Vide illum.

Cui porro consectarium est, quum hodie ex Constitutione Saxonica, ea separatio, qua liberi puberes à parentibus seiunguntur, pro emancipatione sit: & effectum emancipationis habeat: patriamque potestatem tollat: vt est textus clarus *in Constitut. Saxon. part. 2. c. 10.* cui addendus *art. 11. Landr. lib. 1. Fachs. different. 19. Reinhar. differ. 36.* ac proinde etiam filia maritata per matrimonium à patria potestate liberetur, & sub tutela viri sit: *Schurff. cons. 80. num. 3. cent. 1. cons. 20. num. 19. cent. 2. Fach. different. 8. VVesenbec. in paratit. ad tit. supr. his qui sunt sui vel alieni iur.* Quod & Hispania, *Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 34. & 43.* Gallia, *Boer. decis. 197. num. 1. 2. 3. 4. Ascan. loco præcit. vers. limita etiam.* & Longobardia seruat, *Rolandin. de testam. part. 1. rubr. 14. nu. 4.* atque cum naturali & diuino iure congruere testatur *Bodin. lib. 1. de republ. cap. 3. fol. 15.* vsque adeo; vt marito semel mortuo, vidua plane sui iuris efficiatur: neque in patris potestatem recidat: *Boer. d. decis. 197. n. 4. Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 1. nu. 25. vsque 29. VVesenb. post Tiraq. loco præcitato.* Liberos ergo à parentibus separatos, & maxime viduam in his terris testari posse. Sublata enim causa testamenti impeditiua, id est, patria potestate, tollitur & effectus. *Schurff. d. cons. 20. num. 19.*

Quum Constitutio Electoris Saxoniæ part. 2. cap. 10. clare dicat, ita eousque obser- 159

uatum

natum esse, quod liberi puberes patria potestate liberati fuerint, Wann sie von jhnen gescheyden/ Et ibi Illustrissimus Elector non restricte, sed generaliter constituerit: Do sich Kinder/ so zu jhren mündigen jahren kommen / von dem Vatter mit anstellung jhrer eygenen Haußhaltung vnd Nahrung scheyden / daß als dann solchs vor ein emancipation zu achten/vnd derselben Wirckung haben soll/rc. Hinc ergo concludo, tales in hisce terris testari posse. Nam si separatio in his terris est emancipatio, & habet effectum emancipationis: sequitur, vt tales sint patresfamilias: si patresfamilias, testari vtique poterunt. Quum ius Saxonicum, quod tales à patria potestate per separationem liberat, interpretationem passiuam à iure communi habeat, id est, iuris communis suffragio extendatur, vsque adeo, vt quicquid de emancipatis iure ciuili dicimus: idem etiam de liberis separatis à parentibus iure Saxonico dici queat.

Porro hæc decisio, vtrum separatio pro emancipatione esset, ante paucos annos inter practicos iuris Saxonici non vsque adeo expedita fuit.

Et recte traditur, hanc sententiam textu *art. 11.* Landr. *lib. 1.* non probari: Quum omnes fateri necesse sit, illum artic. de filiis, qui sub patris tutela sunt, id est, de emancipatis loqui.

Vsus tamen fecit, vt ille articulus etiam de liberis in potestate retentis acciperetur.

Si vsu hæc interpretatio nititur: Ergo latius quam vsus receperit, extendi antehac non potuit.

Et video ego, practicos iuris Saxonici expertissimos hac de sententia dubitasse: an iure Saxonico separatio emancipationis effectum in vniuersum haberet, nec ne? Imo sunt, qui diserte contrarium tenuerint.

Nam Gœden *in cons. 66. num. 17.* diserte pronunciat, filiam maritatam, quæ vtique à patre separatur, in patris potestate manere.

Dom. Christophorus Zobel. *in addit. ad art. 31. in addit. incip. nota, quod licet iure Saxon.* Landr. *lib. 1. & ad artic. 45. in addit. incip. nota ex hoc textu, quod vxor.* Landr. *lib. 3.* ait, vxorem saltem, quo ad operas & debitum coniugale, iure Saxonico esse in potestate mariti: manere autem eam sub patris potestate, quo ad omnes effectus.

Dn. Modestinus Pistoris præses quondam Collegii iuridici in hac Academia meritissimus in intellectibus suis ad *art. 3.* Landr. *lib. 1.* refert, Dn. D. Iacobum Toming. ex illo textu conclusisse: quod filia maritata nõ esset sub patria potestate iure Saxonico: quum sit sub tutela mariti: tutela vero ad eas tantum personas spectet, quæ sui iuris sunt. Et addit ibi pro hac sententia facere: quod iure Saxonico in bonis maternis filiæ pater non habeat vsumfructum per text. *art. 11.* Landrecht *lib. 1.* Verum ipse nihil decidit: sed dicit cogitandum: quia Dn. Badehornus dissenserit.

D. Hieronymus Schurf. *d. cons. 20. num. 19.* primus, quantum ego scio, omnium, glaciem hanc perfregit, & doctissimis rationibus pluribus in medium productis demonstrauit, filiam maritatam in patris potestate non esse: licet ex illius quoque dictis satis superque constet, hanc sententiam ipsius ætate explicatam non fuisse. Non enim categorice de hac sententia pronunciat: sed dicit, attentari posse: quod iure Saxonum pater filias in potestate non habeat. Attentari (inquit) potest. Ergo res tunc expedita inter practicos non fuit.

Cæterum Dn. Fachsius hanc sententiam quidem habet: Vxorem esse in potestate mariti. Vnde infert, in patris potestate eam non esse. Quod argumenti genus Zobellus non admitteret. Ille enim, vt dixi, distinguit.

Dn. VVesenbec. ita de his disserit, vt lectorem dimittat hæsitantem.

Recte ergo fecit Illustrissimus Elector Saxoniæ, quod quæstionem hanc clara constitutione sustulit. Si enim separatio emancipatio est: nil dubitare possumus, quin filia maritata à patris potestate in vniuersum liberetur.

160 Amplia IX. Nam licet filius familias cum consensu patris mortis causa donationem facere possit: *l. tam is. 25. §. fin. infr. mort. caus. donat. eleganter Ang. Aretin. de testamen. in princip. numer. 42. 43. Ludou. Roman. cons. 512. numer. 1. Cephal. consil. 487. numer. 49. Alphan. in report. numer. 135.* Tamen hoc aliter locum non habet, nisi specifica concessio interueniat, *l. filiusfamilias. 7. vers. sed enim meminisse. infr. donat.* Atque inde DD. colligunt, etsi filiusfamilias cum consensu patris testetur, & testamento clausula codicilla-

cilla-

m Quid si aliquis testetur, vel codicilletur, & clausulam addat, si non valet vt testamentum, valeat vt donatio inter viuos? Vide *Imol. l. hæredes palam. §. fin. num. 15. h. tit. n.*

cillaris *m* insit: quod tamen testamentum illud funditus nullum sit, & ne quidem vt donatio causa mortis sustineatur, nisi illi, quibus donatur, præsentes fuerint, & specialiter mentio donationis causa mortis facta sit, *Spec. dict. §. compendiose. num. 4. Cyn. in dict. l. senium. num. 7. Bald. num. 5.* dicens hanc esse veritatem, *Dec. num. 45. vsque 56. Bart. dict. l. tam is. Benedict. d. verb. num. 47. Clar. lib. 4. recept. sent. §. donatio. quæst. 6. num. 8. Ang. Aretin. in tract. de testam. in princip. num. 40.*

Porro licet Alex. *in d. l. senium. num. 8. & 9.* distinguendum putet, Vtrum sic testator dixerit: si non valet testamentum iure testamenti, valeat iure codicillorum, aut iure cuiuslibet alterius voluntatis: An vero ita: si non valet iure testamenti, valeat iure alterius vltimæ voluntatis: Eam ob causam, quod facta enumeratione specierum vltimæ Voluntatis, scilicet testamenti & codicillorum, illa verba generalia, vt testamentum valeat in vim cuiuslibet alterius vltimæ Voluntatis, idem operentur, ac si de donatione causa mortis diserte dictum esset, nulla scilicet alia specie vltimæ Voluntatis existente, quorsum relatio fieri queat: Quum in altera facti specie ad codicillos relatio fiat, & proinde generalitas vim specialis expressionis non habeat: Et hoc Alexandri dogma interpretes certatim passim sequantur, Communiter receptam sententiam appellantes, vt liquere potest ex traditis *per Benedict. d. verb. matrem insuper nomine Cleram. n. 47. 48. 49. Clar. d. §. donatio. q. 6. n. 9. Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 1. n. 6. Grass. in lib. recept. sent §. donatio caus. mort. q. 3. nu. 5.* Tamen sciendum, hanc opinionem malo niti fundamento, & interpretes in eo lapsos esse, quasi scilicet vltra testamentum & codicillum, nulla alia vltimæ Voluntatis species sit: Vt proinde in facti specie, præallegata verba illa (valeat iure alterius Voluntatis) ad donationem causa mortis necessario referri oportere existimarint: quum & epistola fideicommissaria speciebus vltimæ Voluntatis accenseatur, per præmissa.

Sententia Alexandri, quam DD. sequuntur, est manifeste falsa. Et errant quidem DD. in eo, dum existimant, nullam aliam esse speciem vltimæ Voluntatis, quam testamentum, codicillum, & donationem causa mortis, non recordati sunt, epistolam fideicommissariam speciebus vltimæ Voluntatis accenseri. 161

Quæstio est de vno tantum casu: quia cæteri omnes expediti sunt.

Aut testator manifeste facit mentionem de donatione causa mortis in testamento, cui pater consensit: & inter omnes DD. conuenit, talem dispositionem valere in vim donationis causa mortis. Nemo hic dissentit: estq; hæc sententia indubitata.

Aut non est expresse facta mentio donationis causa mortis, & ibi DD. sese in duas turmas diuidunt.

Aliqui existimant, plane nihil valere testamentum, nisi expresse sit facta mentio donationis causa mortis. Ita sensere *Spec. Cyn. Bart. Bald Dec. & alii.*

Verum Alexand. distinctionem est commentus inter clausulas, quæ testamentis adiiciuntur.

Si enim clausula sit simplex, non codicillaris, nulla vltimarum Voluntatum enumeratione constans: tum rursum DD. omnes conueniunt, quod talis dispositio funditus nulla sit, & ne quidem in vim donationis causa mortis sustineatur, etiamsi pater testamento consenserit.

Puta aliquis ita dicit: instituo hæredem, & si testamentum non valet vt testamentum, valeat vt meliori modo valere potest, in vim alterius vltimæ Voluntatis.

Hic, inquam, consentiunt omnes DD. Nam donatio causa mortis exigit specialem expressioné. At hic nulla specialis expressio facta est, neq; per se, & simpliciter, neq; per relationem ad aliud, vel relatiue. Quia hæc verba (valeat in vim alterius vltimæ Voluntatis) non necessario referuntur ad donationem causa mortis: quum ad alias species pertinere queant, puta ad codicillum, ad epistolam fideicommissariam.

At si

At si clausula codicillaris in testamento expressa, ac proinde vltimarum Voluntatum enumeratio facta sit hoc modo: si non valet vt testamentum, valeat vt codicillus, aut in vim alterius vltimæ Voluntatis: Ibi Alexan. & qui ipsum sequuntur, existimant, hanc clausulam habere vim specialis expressionis, & idem valere, ac si in specie de donatione causa mortis dictum esset. Quia, inquit Alexan. nulla alia Voluntas vltima est præter donationem causa mortis: Ergo necessario illa verba generalia huc referuntur ad donationem causa mortis.

Paria autem sunt, siue quid in specie exprimatur, siue per relationem ad aliud.

Hæc sententia, vt dixi, in aperta iura incurrit, & manifeste falsa est. Præsupponit enim, tantum tres esse vltimæ Voluntatis species, testamentum, codicillum, donationem causa mortis, & omittit epistolam fideicommissariam. Errant ergo *Alexand. Benedict. Vasqu. Clar. Grass.*

Nunc videbimus limitationes ad hanc illationem secundam. Multi autem tradidere limitationes ad hanc materiam, puta: *Socin. Benedict. & Dec. in d. l. senium.* Ego sequar ordinem fallentiarum Socini, ea additurus paucis, quæ necessaria sunt.

162 Hæc secunda illatio tot modis ampliata, nunc limitatur I. in testamentis ad pias causas, *Socin. reg. 196. filiusfam. fallent. 1.* Quam arduam dubitationem *Alex. in d. l. senium. num. 4.* & arduam atque disputabilem quæstionem *Ias. ibi num. 5.* dixit, cuius vis tota præcipue in intellectu *c. pen. §. fin. de sepult. in 6.* consistit. *Dec. ibi num. 22.*

In hac autem difficultate quatuor opiniones reperiuntur: PRIMA, quod filiusfamilias cum consensu patris ad pias causas indistincte, (siue bonorum aduentitiorum vsumfructum pater habeat, vel non habeat,) testari possit. SECVNDA, quod plane non possit. TERTIA & QVARTA distinguunt, per *Ias. in d. l. senium. num. 5. Vasqu. de success. creat. lib. 3. §. 22. num. 8.* de quibus *Tiraq. in tract. de priuileg. piæ causæ, priuileg. 78. ad fin.* scribit: duas opiniones Bartoli (tertiam videlicet & quartam) passim & vbique ab omnibus fere reprobari: alias duas sese vbique tutari, nec alteram alteri cedere.

163 Bartolus noster in hac disceptatione duarum distinctionum author est, quas refert *Ias. in d. l. senium.* ad quem, quemadmodum & ad Alexandrum, in hac materia omnes remissos volo. Nam hi duo DD. omnia ea habent, quæ pro explicanda hac quæstione proponi possunt, paucis exceptis.

I. Distinctio Bartoli ponitur *in l. qui in potestate. h. tit. n.*

Aut quærimus (inquit ille) de bonis aduentitiis, in quibus pater non habet vsumfructum, & filius testari potest ad pias caussas cum consensu patris.

Aut quærimus de iis, in quibus habet vsumfructum, & non testatur filius, ne quidem cum consensu patris.

II. Altera distinctio Bartoli priori contraria ponitur *in l. 1. C. SS. Eccles.*

Aut (inquit Bartolus) pater habet vsumfructum in bonis aduentitiis, & filius testari potest cum consensu patris ad pias caussas.

Aut non habet vsumfructum, & filius testatur ad pias causas, etiam sine consensu patris. Mouetur *Bart.* quia in causis piis nil curatur patria potestas, *c. fin. de iudic. in 6.*

Has distinctiones reprobant DD. quod text. *d. c. pen.* restringant, qui indistincte & generaliter loquitur. Ita enim verba habent: Quamuis autem filiusfamilias absque patris assensu sibi possit libere eligere sepulturam: pro anima tamen sua, præter ipsius assensum (nisi peculium castrense, aut quasi castrense habeat) aliquid iudicare non potest. Ea verba textus sunt generalia & indistincta: quod præter patris assensum filius pro anima iudicare non possit, nisi castrense, vel quasi castrense peculium habeat. Hæc exceptio de castrẽsi & quasi castrensi peculio regulam textus extendit, vt in omnibus aliis casibus procedat, id est, vt in nullum casum filius iudicare pro anima possit, præter patris assensum, nisi peculium castrense vel quasi castrense habeat.

Hoc ergo fundamento, quod text. *d. c. licet.* generaliter loquatur & non distinguat, duæ Bartoli distinctiones per DD. reprobantur.

Restant ergo duæ opiniones, vna affirmatiua, altera negatiua, de quibus dispiciendum.

dum. Vt enim in publicis discordiis non licet ἀπεχεῖν: ita iudicium suspendendum non est, vbi de iure interpretes differunt.

De prima ergo & secunda opinionibus inter sese contrariis dispiciamus. 164

n Hæc tribuitur Ioan. Andreæ. Sentit ille, quod text. *d. c. pen.* non loquatur de testamento, sed de donatione causa mortis

Et negatiuæ quidem sententiæ *n* authores referuntur per *Alex. in d. leg. senium. num. 4. ibi Ias. numer. 5. vers. quarta & vltima. Dec. num. 22. Tiraq. d. priuileg. 78. vers. contrarium. Vasq. loco præcit. numer. 8.* Cuius inter alia præcipuum fundamētum est regula iuris communis, (Quod filius ne quidem cum consensu patris testetur:) cui tantisper standum censet, donec de exceptione clare liqueat. Ad quod addendum: clare Pontificem ea de materia loqui, in qua consensus & dissensus paterni respectus de iure habetur, cuius in testamento nulla ratio ducitur. Patria n. potestas, quæ filiofamilias obstat, quo minus testetur, priuato patris consensu non tollitur. Vt proinde huius opinionis propugnatores *text. d. c. pen.* de donatione causa mortis accipiant. Quam sententiam multi in puncto iuris veriorem dicunt, vt *Ias. d. l. senium. num. 5. ibi addit. ad Dec. num. 28. in addit. incip. vltim.* Eamque ex recentioribus etiam sequuntur *Vasq. loco præcit. & Petr. Greg. in syntagm. iur. part. 3. lib. 42. cap. 8. num. 4.*

Affirmatiuam autem opinionem multi & maximæ autoritatis Iureconsulti tuentur, quos sequitur post longam disputationem *Alex. d. l. senium. num. 5. vsque 7.* dicens, hanc veram, *Ias. num. 5.* qui magis communem, plurium DD. authoritate suffultam hanc opinionem esse testatur, à qua recedendum non sit, & *Dec.* appellans hanc communem, quæ defendi possit: Probant eandem *Bened. d. verb. matrem insuper nomine Cleram. nu. 29. cum seqq. Dilect. de arte testandi tit. 1. caut. 1. num. 1. Clar. d. §. testamentum quæst. 5. num. 7.* dicens ipse quoque hanc magis communem *Ang. Aretin. in tract. de testam. in prin. num. 39. vbi ait* hanc partem magis æquam, & de mente literæ esse sibique placere, *Duaren. ad tit. n. sub rubr. de his qui testam. fac. poss. aut non poss. vers. diximus filium. Tiraq. loc. præcit. prope fin.* qui ait, omnes testari hanc sententiam communiorem & æquiorem, *Ascan. de patr. potest. effectu 9. num. 5. limitat. 3. Grass. §. testamentum. q. 17. num. 12.* 165

Pro qua primum adducitur, quod testamentum ad pias causas iuris ciuilis dispositioni subiectum non sit: Vt proinde in eo patria potestas nil curetur, *Alex. d. l. senium. num. 6. Tiraq. de priuileg. piæ causæ. priuileg. 164.* cuius fundamenti ex iis, quæ apud interpretes in hac materia disputata sunt, nullum sufficiens responsum extat. 166

o Responsio ad obiectionem tacitā, si non curatur consensus patris iure canonico in testamento ad pias causas, quo ergo fine in textu requiritur? Responde vt hic.

Neque ad integrandam *o* filii personam consensum patris textus requirit, sed ad ius patris respectum habet, *Ias. d. l. senium. num. 7. ibi Dec. nu. 31.* tam in profectitio, quam aduentitio peculio. Quum in aduentitiis bonis regulariter vsumfructū pater, aut ad minus, nisi descendentes adsint, ius successionis habeat, quod lex patri non aufert. Ergo in pluribus casibus filio quidem plenum ius administrationis dedit, vsumfructū patri ademit: nec tamē propterea & ius testandi attribuit, vt patri ius successionis quoque intestamentariæ adimeretur, *d. l. pen. ibi DD. C. qui testam. fac. poss.* Et hoc quidem interesse iura nostra considerant, *d. l. Imperator. infr. ad SC. Trebell.* Vt proinde ea, quæ Alex. alio tamen fine, *in d. l. senium. num. 6.* disputat, nihil nos mouere debeant.

Deinde hanc sententiam probat *d. cap. penult.* Vtque hoc aperte intelligatur, obseruandum: codicillos, *leg. 2. C. codicill.* & testamenta supremi & nouissimi iudicii appellationibus in iure frequenter designari, *leg. 3. C. quem-* 167

C. quemadm. testamen. aper. l. 2. & 4. C. qui testament. facer. poss. l. omnium. 19. C. testamen. l. si filiam. 19. C inoffic. testam. l si liqueat. 8. C. inoff. donat. l. 1. C. collat. l. militis. 5. C relig. & sumpt fun. Hinc iudicare testari est, *in c. 1. in princ. de prohib. feud. al. per Frid. c. 1. §. donare. qualiter feudum olim.*

Et quum hæc iura feudalia eiusdem fere cum Constitutione nostra temporis sint: p *Duar. loc. praecit.* Hinc ergo liquet, Papam phrasi tunc receptа omnem intellexisse vltimam Voluntatem, neque solum de donatione causa mortis sensisse. *Gemin. d. c. pen. num. 4.*

p Non tamē intelligendum, eodem anno publicatas. Nam plus quā centum annis distant: cum Fridericus cognomento Barbarossa Anno 1189. mortuus sit: Bonifacius autem VIII. Anno 1291. electus sit. Ego hanc Duareni coniecturam recitare volui. Neque tamen in ea fundamentum magnum facio: Satis mihi est, quod textus nostri creberrime testamentum vltimum & nouissimum iudicium appellant.

Constituto ergo sensu Grammatico, textus sententia plana est. Hoc enim Papa dixit, filiumfamilias non posse iudicare, id est, testari, codicillari, donare mortis causa, præter patris assensum. At quando præcedit oratio negatiua, dictio *prater* q stat inclusiue, *Iaf. in dict. l. senium. num. 5. vers. pro ista communi opinione.* Hoc ergo legislator voluit, Filiumfamilias cum consensu patris testari, codicillari posse, quod *Ias. loco praecitato* dicit.

q Hæc doctrina de vocabulo (præter) videtur vera, si hæc dictio stat exceptiue: vt nil pter 110. aureos tibi dabo. Sensus enim est, 100. dabo. Aliud videtur dicendum, si non habet vim exceptionis, sed idem importat, quod *sine*, vt hic, nil præter patris assensum, id est, nil sine patris assensu, indicat. Nam non videtur stare in sensu recto.

Et nihil quicquam his obstat, si ad correctionem iuris ciuilis quis argumentum à contrario sensu ex Decretali nostra haudquaquam desumi posse contenderit.

Nam omissis responsionibus Alexandri r *d. l. senium. num. 5.* & Iasonis *ibid. num. 5. vers. secundo mouetur.* hoc saltem dico: alium iuris ciuilis, ad quod interpretes hic respiciunt, alium Decretalis nostræ sensum, & proinde iura hæc de rebus disparatis esse constituta.

r 1. Alexander dicit, argumentum à cōtrario sensu sumi, quādo alias textus nil operaretur. Iason hanc repetit, & alias duas addit.

2. Quod hic simus in sensu recto, non in argumento à contrario sensu.

3. Quod si essemus in argumento à contrario sensu, id tamen non correctio iuris, sed limitatio tantum esset. Et quæ dispositio correctoria, quæ exorbitans dicatur, tradit *Menoch. remed. recuperand. 4. num. 13.*

Nam quod iure ciuili filiumfamilias, ne cum consensu quidem patris testari posse constitutum est: id ad inhabilitatem personæ filiifamilias pertinet, & hunc sensum habet: quod filiusfamilias ad testandum non aliter habilitetur, & admitti possit, nisi paterfamilias effectus sit. At Decretalis nostra nihil de habilitanda persona disponit: sed præsupposito, quod iura ciuilia, & proinde ius patriæ potestatis, ad testamenta pia nihil pertineant: consensum patris eo tantum fine desiderat: quum de patris iure & interesse quæstio sit: quod sine facto ipsius proprio ipsi auferendum non est, iuribus vulgatis.

Pugna tunc est iurium, quando propositiones duæ committuntur eodem respectu. Ius ciuile reiicit consensum patris: ius Canonicum recipit consensum patris. Ergo hæc iura pugnant. Non est ita. Quia diuersa hic est consideratio. Ius ciuile agit de habilitate personæ, & hoc nomine consensum patris reiicit. Ius Canonicum non agit de personæ habilitate: sed consensum eo fine requirit, ne patri in iure suo præiudicetur. Ex quibus communem intellectum ad Decretalem nostram mediocriter defensum esse arbitror.

168 II. Limitat *Socin.* in bonis ab imperiali Maiestate donatis filio, vel filiæ, *l. cum multa. quae est lex pen. C. bon. qua liber.* Et hunc textum *Alex. in leg. pen. numer. 4. post Bald. C. qui test. fac. poss.* dicit non esse alibi: *addit ad Bart. dict. leg. qui in potestat. verb. contrario sensu. prope fin. Bened. dict. verb. matrem insuper nomine Cleram. n. 17. Ascan. de patr. potest. effectu 9. nu. 5. limit. 2.*

Et textum illum extendit ad reges quoque *Iaſ. in leg. ex imperfecto. num. 3. C. eod. tit.* ſequitur *Alphan. in report. numer. 106.* Nos idem in quolibet principe merum & mixtum imperium, perpetuamque & ad ſuos tranſmiſſibilem regalem dignitatem habente, dicimus, per ea, quæ ſuperius annotata ſunt.

III. Limitat *Socin.* in filiis Francigenarum: *s* quum tales in poteſtate 169
non ſint, *gl. in §. ius autem. verb Romanorum. Inſtit. patr. poteſt. Addit. ad Bart. d. l. qui in poteſtate. verb. contrario ſenſu. Alex. in l pen. num. 5. ibi Iaſ. num. 4. verſ. ſecundo limita. C. qui teſt. fac. poſſ. Bened. d. verb. matrem inſuper nomine Cleram. n. 22. Aſcan. de patr. poteſt. cap. 3. num. 1. & 2.*

Verum *Dec. in d. l. ſenium. num. 19.* limitationem hanc aut non veram, aut ſi vera ſit, ad propoſitam materiam de liberis in patria poteſtate conſtitutis, incongruam eſſe cenſet. Et eandem doctrinam reprehendit *Bodin.* *t* *lib. 1. de republ. cap. 3.*

s Gloſſa loquitur de Francigenis, & recte pronunciat. Additio Sylueſtri ibi admiſcet diſputationem de Gallis. Ius patriæ poteſtatis eſt proprium ciuium Romanorum, id eſt, omniũ qui ſunt de Romano Imperio. Tales fuere Galli. At Francigenæ fuere hoſtes Romanorum, & occuparunt ſedem Romani Imperii in occidente.

t Bodinus vult oſtendere, etiam Gallos liberos habeiſſe in poteſtate ex Cæſare. Sed nihil fuerat ea re opus. Res eſt clara, omnes populos habere liberos ſub poteſtate. At talem poteſtatem, qualem Romani habuere, Galli non ante acceperunt, quam conceſſione Claudii Imperatoris, *Alciat. lib. 2. diſpunct. cap. 22.*

Sed obſeruandum, etſi Galli omnes Romanis principibus paruerint: & ius Ciuitatis Imperatoris Claudii conceſſione acceperint: *Alciat. lib. 2. diſpunct. cap. 21.* quemadmodum & poſtea omnes alii, qui in orbe Romano fuerunt, id D. Pii Antonini conſtitutione conſequuti ſunt: *l. in orbe.* *u* *vbi Ant. Vacca. Alphan. in report. num. 547. Delrio in remiſſ. pag. 6. late Alciat. lib. 2. diſpunct cap. 21. & 22. Ar. Pinell. ad rubr. 2. part. numer. 11. C. bon. mat.* Quum quidem ante eam Conſtitutionem illo iure non vterentur, *Forcat. Dial. 15.* Vt proinde Plinius Iunior *in lib. 10. epiſt.* *x* à Traiano, qui ante Antoninum Imperio præfuit, medici ſui Poſthumii Marini propinquo & filiis eius duobus ius ciuitatis *y* ita petierit, vt in patris poteſtate eſſent: Tamen Francigenas, qui tranſmiſſo tota gente Rheno, Franciæ nomina dedere, Romanorum hoſtes fuiſſe: *Alciat. d. cap. 22 Hotoman. in Francogallia, cap. 4. & 5.* Vt proinde Accurſii ſententia ab Alciato *d. cap. 22.* vera eſſe perhibeatur. Nam licet Francorum reges imperium occidentis occuparint: iure tamen Romano haudquaquam vſos eſſe, ex eo conſtat: quod mox à Iuſtiniano, omne in occidente ius Romanum in occulto iacuerit, donec a Lothario Saxone Imperatore in communem vſum reuocatum eſt, quod legibus ſuis opponi reges Francigenarum vetuerunt, *Bodin. de republ. lib. 1. cap. 8. fol. 101.*

u Alii legunt in vrbe, & male. Videatur omnino Vacca.

x In epiſtola, incip. proxima infirmitas.

y De antiquo iure Italiæ & ciuium Romanorum extant libri Caroli Sigonii. Videatur & *Alciat. libr. 2. diſpunct. cap. 21. & Bodin. de Republic. libr. 1. cap 6.* Et quanto in pretio ius ciuitatis Romanæ iam olim, ante D. Antonini conſtitutionẽ, fuerit, vel hinc conſtat, quod Auguſtus Cæſar Gallum hominem ciuitate Romana donare noluit, etiam rogante Liuia vxore, vt Tranquillus in Auguſto refert. Similis & quidem inſignis locus eſt in actis Apoſtolicis *cap. 22.* Quum enim Tribunus D. Paulum virgis cædi iuſſiſſet, ad ius ciuitatis Romanæ ille prouocat. Num hominem Romanum (inquit) & indemnatum licet vobis flagellare? Nam lege Portia ciuem Romanum verberare non licuit, *Bodin libr. 5. de republic. cap. 5. fol. 538.* Interrogauit ergo eum Tribunus: Num ciuis Romanus eſſet? Dixit: ſe eſſe. Reſpondit Tribunus, ſe magna ſumma ciuitatem iſtam comparaſſe. Addit Paulus: Ego vero etiam ſum natus ciuis. Quare à Paulo diſceſſerunt, qui fuerant de eo quæſtionem habituri. Ita *cap. 16.* liberatus eſt e vinculis: quum ad ius ciuitatis Romanæ prouocaſſet. Ita *cap. 25* ad Cæſarem appellat. Magnum hoc eſt ornamentum iuris Romani, cuius etiam D. Auguſtinus *c. ſi in adiutorium diſtinct. 10.* meminit. Si in adiutorium veſtrum terreni imperii leges aſſumendas putatis, non reprehendimus: Fecit hoc Paulus, quum aduerſus iniurioſos, Romanum ciuem ſe eſſe teſtatur, *adde ſupr. num. 36.*

Docet Accurſius Francigenas liberos in poteſtate non habere. Illi plures contradicunt, & male.

Diſtinguendi autem ſunt Galli è Francigenis. Nam Gallia in formam prouinciæ redacta Romanis Imperatoribus paruit. Et ſunt Galli à Claudio Imperatore ciuitate donati.

At ſi de Francis quærimus: an illi Romano Imperio paruerint? diſtinguendum, vt monet

monet *Alciat. in lib. 2. prætermiss. c. 22. in fine.* Complures enim Francorum reges fuisse, qui in Galliam irruperunt, constat.

Verum Valentiniano tertio perdito ac libidinoso principe rerum potiente, quum plures prouinciæ à Romanis deficerent, & Huni, Attila duce, Galliam cædibus atque incendiis vastarent: tum vero Meroueus Francorum rex, hanc rei gerendæ facultatem non aspernatus, magnis coniunctis copiis Rhenum transmitit: ciuitatibusque pluribus ad eum recuperandæ libertatis causa confugientibus, tandem interiores Celtarum vrbes occupauit.

Et huius quidem Merouei tempore Franci pene totam Galliam suo regno adiecerunt, Romanorum iam viribus deficientibus, præsertim post Aetii mortem, qui Galliæ præses, cum Attila conflixerat: postea autem Valentiniani iussu fuerat necatus.

Franci ergo Gallis hoc modo commixti sunt, ita quidem, vt, Meroueo rege Francorum extincto, gemellæ & consociatæ gentis, id est, Francorum & Gallorum, seu Francogallorum iudicio, Childericus Merouei Francorum regis filius, rex Francogalliæ creatus sit.

Et authorum omnium consensu constat, hunc Childericum Francorum regis filium, post annorum amplius ducentorum contentionem, Galliam è Romanorum seruitute in libertatem vindicasse, & in ea regni sui certam & stabilem sedem constituisse. Hæc ex domini Hotomani Francogallia cap. 5. retuli.

Hi ergo Franco-Galli sunt Accursio nostro Francigenæ: qui licet postea dignitatem Imperii in occidente tenuerint: iure tamen Romano vti non potuerunt: quod illud mox à Iustiniano, in occidente in occulto iacuerit: donec à Lothario Saxone in vsum communem est reuocatum: à quo tẽpore Franco-Galli à iure Romano propemodum abhorrent, ne Imperii Romani Maiestatem adhuc recognoscere videantur. z

Vera ergo est Accursii sententia, vt recte pronunciauit Alciatus.

z De Imperii Romani maiestate multa pclare disserit Frācis. Zoannet. *in tr. de Romano Imperio.* Et si ea, quæ ille de regno Franciæ *nu. 146. & seqq. & n. 241. vsq; ad fin. illius tractatus* adfert, consistunt: sententia Accursiana repudiata, contraria opinio tenenda erit, quod Franci non minus atq; alii ciues Romani liberos sub sua potestate habeant.

Porro Franci nomen habent à libertate, Frey & Freyge liber est. Freium, Freigum, Freyheit/libertas: Inde denominatur Francus & Franco, quod est crebertimum in factis nostris nomen. Auentinus in nomenclatura annalium Boiorum. Et Hotomanus in Franco-Gallia cap. 5. Francorum (ait) appellatione liberos & seruitutis expertes apud Germanos intelligi, satis inter eruditos & literatos Germanos constare video: indeque Francum populari lingua, pro libero & immuni, & Franciscare pro in libertatem asserere. Hæc ille. Hinc etiam Francum feudum dicimus. Addit dominus Hotomanus fictum sibi è re videri nomen: quum ii, qui se libertatis recuperandæ principes profiterentur, Francos se nominassent.

Philip. Melan. credit, nomen Franck coaluisse ex vocabulis Frey vnd Anck. Anck significat ein Knecht. Also nennen die Röm. Keys. Mayestät den Fränckischen Adel/ Jhre vnd deß Heiligen Reichs freye Ritterschafft/ auch Freye Edle Knechte. Fabricius de origine Misenorum *fol. 213.* hac sententia repudiata, nomen deducit à Frey vnd Jngk. Qua autem ratione Franci primum ita appellati sint, docet ex Sabellico & Crantzio author theatri vitæ humanæ *volum. 3. lib. 5. fol. 757. vers. ferunt Priamum.*

Huius libertatis etiam vestigium extat in nobilitate Francica, quę & peculiaria Collegia, & ius in collectis Imperii peculiare habet, atq; Imperium immediate recognoscit.

Hi Francorum reges, (vt hoc quoque obiter addam) quum Germani essent, patriæ suæ Germaniæ Maiestatem Imperii Germanici pepererunt. Carolum enim Magnum & cæteros ex ordine Germanos principes fuisse, constat. Hoc Imperium etiamnum diuina prouidentia penes Germaniam est: quæ hoc nomine & ob victoriam iam olim de Romanis obtentam, in hanc vsque lucem duas aquilas pro insignibus habet. *Ioann Ferrar. de feud. lib. 1. cap. 6. vers. secundo feudum.*

Octauio enim Augusto Cæsare, clades illa memorabilis accidit, qua Germani, Arminio, alias Hermanno duce, Quintilium Varum cum tribus legionibus ad internecionem vsque cæciderunt: qua ita Cæsar est consternatus, vt barbam continuos aliquot dies nutriret.

Tres ergo legiones obtruncatæ: signa Romana, & aquilæ duæ captæ sunt, quas etiamnum hodie possidemus. Non enim biceps est aquila nostra, vt imperitum vulgus

 putat:

putat: sed duæ simul, quarum altera alteram expassis alis obtegit, *Molin. ad consuet. Paris. tit. 1. in pr. n. 21.* Tertiam signifer legionis tertiæ abstulit, paludeq; demersit, ne in hostium manus veniret. Alioqui tres haberemus aquilas in insignibus Imperii. Nec vnquam hæ redditæ sunt Imperatoribus à Germanis, quod Parthi fecerunt: sed semper in hunc vsq; diem seruatæ. Hæc Cuspinianus in Octauio habet. De Harminii porro heroica cum persona tum virtute, legat qui volet Velleium Paterculum *lib. 2 fol. 116. in edit. Francofurtens. Anni 79.* & postillam Melanthonianam, *Dom. 1. post Epiphan.* Et Aquila quidem à Persis ad Græcos, à Græcis ad Romanos, à Romanis ad Germanos peruenit, *Phil. Melan.*

Hoc quidem admittendum, patriam potestatem omnium ex æquo populorum communẽ esse, quod pleriq; fatentur, (etsi aliud *Tiraq. de iur. primog. q. 17. opin. 11. n. 29.* sentire videatur) vt proinde & Francigenæ liberos sub potestate habeant, *Boer. decis. 107. nu. 1. & seqq. eleganter Ar. Pinell. d. rubr. part. 2. nu 9 cum seqq. Ascan. de patr. potestate. cap. 2. Vac. lib. 3. declarat. 50. num. 2. Bodin. loco præcitato. VVesenbec in paratit. supr. qui sunt sui vel alieni iur. num. 3.* At talem patriam potestatem, qualis ciuium Romanorum propria est, cum omnibus effectibus in liberos eos nõ habere, ipsimet scriptores Gallici testantur, relati per *Arium Pinell loco præcit. nu 9. & 10. Ascan d. cap. 2. nu. 7.* quanquam idem ius moribus recipere, aut Romanorum legibus, vt suis vti *a* possint, *Dec. d. l. pen. num. 19. Ar. Pinell. loco præcit. num. 12. Ascan. d. cap. 2. num. 5.*

IV. Limitat *Socin.* in lucris dotalibus, obuentis marito ab vxore præcedente. Maritus enim transiens ad secunda vota, illud, quod lucratur, transfert ad filios, qui de illo lucro testari possunt. *Adde Alex. in l. pen. nu. 6. ibi Dec. nu. 8. C. qui testam. fac. poss. Bened. loco præcit. n 23. vers. quarto fallit. Ascan. de patr. potest. at effectu 9. n. 5. limitat. 4. l. in quibus.* b *7. in fin. verb. C. secund. nupt. § quoniam infirmos. ibi, si vero non habeat filios.* c *in Auth. de nuptiis.* 17

a 1 Romani vsi sunt iure Atheniensium, vt suo. 2 Nos vtimur iure Canonico, vt nostro 3. Poloni, vt Royz. in decisionibus Lituanicis, in præfatione testatur, vtuntur iure Saxonico vt suo, in decisionib. causarum, quæ ad plebeios pertinent. 4 Hispani & Galli hodie vtuntur iure Romano, vt suo. Dixi aliquid hac de re supra. Videatur vltra ibi dicta *Bodin. de republ. lib. 1 cap. 8 fol. 171 & Petr. Royz loco præcit.*

b Dixit text. lucra nuptialia reseruanda esse liberis primi matrimonii, & si vnus ex liberis ipse quoque filios, vel nepotes habeat, qui patre viuo moriatur, lucrum illud auo vel proauo superstite, ad illos nepotes, vel pronepotes pertinere. Et additur ibi, eligendi videlicet quos voluerit ex liberis superstitibus, non ademta licentia. Et sic ibi textus est apertus ad hoc, quod filius patre adhuc viuo, quo ad lucrum nuptiale, eligere possit vnum ex liberis, cui illud referret. Eligere potest, id est, disponere potest, non obstante patria potestate.

c Ibi fit distinctio, quo ad lucrum nuptiale, & traditur, certam partem pertinere ad parentes, id est, ad patrem, vel matrem, certam ad filii præmortui hæredes, & additur, siue disponant suas substantias, (id est, filii) siue etiam intestati moriantur.

Dubitat autem de his *Ias. in d. l. pen. num. 4.* iura (inquiens) præcitata non simpliciter concedere filiisfamilias, quod possint vltimam voluntatem condere: sed bene disponere, pro quibus portionibus inter filios debeat fieri diuisio, vt *in Auth. si qua mulier. C. de SS. Eccl. & in l. fin. C. famil. hercisc.* Et licet Decio *in d. l. senium. num. 20. vers. tertio fallit.* DD. sententia probari videatur *per d. § quoniam infirmas.* quum alternatiue textus de liberis dixerit: (siue disponant, siue intestati moriantur) Cuiac. tamen in *Nouell. 22. vers. nunc de pœna carrum.* præcitata verba ad matrem rectius refert: Vt sensus sit, matre superstite, filios sui iuris, nec subiectos potestati maternæ, testamẽto sibi extraneum hæredem instituere, aut ab intestato decedere posse. Nam patre superstite, in cuius sunt potestate, non possunt nec de iis quidem bonis, quæ patri non acquiruntur, facere testamentum, vt supra circa materiam *d l. pen.* diximus. Et hunc intellectum verissimũ esse vel hinc constat, quod text. ibi (siue disponant substantias suas) non de lucro tantum nuptiali, sed de vniuerso liberorum patrimonio loquutus sit, de quibus liberos in sacris patris constitutos testari non posse liquet. Vt proinde

& sola

& sola matre superstite, ea textus particula accipienda, & quod huius consectarium est, Iasonis atque Modernorum & Cuiacii ad præcitatum textum propositum intellectus tenendus omnino sit.

171 V. Limitat *Socin.* in filiis clericis. Porro materia peculii Clericalis profunda est, Pontificia decisione indigens, vt post *Felin. Dec. & Barbat.* testatus est *Bellon. cons. 3. nu. 1.* vsque adeo vt & *Couarru. c. cum in officiis. nu. 1. ad fin. extr. eod. tit.* omnium prope interpretum dicta in dubium reuocet. Ego pro huius articuli resolutione cum *Nicol. de Vbald. in tract. de success. Cler. secul. nu. 4.* ad tres bonorum species aduertendum arbitror: PRIMA est bonorum patrimonialium, seu hæreditariorum, vt sunt hæreditates, legata, donationes, & similia, quæ Clericis obueniunt. SECVNDA est eorũ, quæ proueniunt ex fructibus, reditibus & obuentionibus quorumcunq; beneficiorum, prælaturarum, siue dignitatum. TERTIA species est eorũ, quę acquirunt Prælati & alii Clerici ex artificio, doctrina, officiis, vel seruitiis.

Et de prima quidem bonorum specie Clericum testari posse inter omnes constat, *c. Episcopi. cum duob. cc. seqq. 12. quæst. 1. c. quicunque 12. quæst. 3. c. sacerdotes. 12. q. 4. c. nulli. & c. fixum. 12. q. 5. c. 1. ibi DD. & Couarr. num. 3. vers. secundo. c. quia nos. 9. ibi DD & Couarr. num. 1. c. relatum. 12. prope fin. ibi DD. extr. de testam. l. sacrosancta. 32. & Auth. licentiam & Auth. presbyteros. ibi DD. C. Episc. & Cler. Nicol. de Vbald. loco præcit. num. 5. Phil. Franc. ad rubr. vers. vigesimo prohibentur testari omnes Clerici, ibi, in bonis vero propriis ipsorum. Clar. d. § testamentum. quæst. 27. num. 2. & 3. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 9. numer. 4. Anch. Iun. lib. 2. quæst. 10. num. 8. cum seq. Grass. § testamentum. quæst. 34. num. 1. Corn. cons. 88. numer. 9. lib. 2. Zas. cons. 9. num. 34. lib. 2. Porc. cons. 34. nu. 16.* dicens omnes ita concludere, *cons. 136. cons. 205. per tot. Modestin. Pistor. cons. 25. nu. 7. vsque 22. lib. 1.*

172 Porro de filiisfamilias Clericis textus sunt expressi *in d. l. sacrosancta. & d. Auth. presbyteros.*

Vt autem de patrimonialibus filiifamilias Clerici testari possint, PRIMO requiritur, quod bona in Clericatu sint quæsita. Nam text. *d. l. sacrosancta.* Clericis filiisfamilias de iis solummodo testandi licentiam concedit, quæcunque in eodem Clericatus gradu locoq; viuentes acquirere & habere potuerunt. Et *d. Auth. presbyteros.* diserte testatur, potestatem hanc filiisfamilias ad similitudinem castrensis peculii tributam esse.

Ergo licet non desint, qui ex Veronensis *d* quadam cautela idem in aduentitiis bonis ante Clericatum quæsitis esse contendant: Hanc absurdam sententiam veriorem esse profitentes, vt *Ias. in l. filia licet. C. collat. Dilect. de art. test. tit. 1. caut. 1. num. 5. Rol. à Val. cons. 16. lib. 4.* Præcitatam tamen opinionem recte damnat *Couarru. d. c. quia nos. num. 2.* & priorem sententiam veram atque communem dicit, & late explicat *Vasq. de success. progress. lib. 1. § 1. num. 25. vsque 45.*

d Cautelæ Cœpollæ magna ex parte natę sunt non ex legibus, sed ex sophistico legum sensu, & earum capitibus detrũcatis. Quemadmodum enim aucupes retia trahũt, ita cautelarii leges tractant. Nobis regula ob oculos sit: Quod iura nõ disponant, nisi de eo, quod principaliter tractant.

Iasonis & reliquorum absurda sententia falsitatis facillime conuinci potest. Textus *d. l. sacrosancta.* clarissime requirit, vt res sint in Clericatu acquisitæ. Et *Auth. presbyteros.* ait: potestatem filiisfamilias clericis concessam ad similitudinem castrensis peculii.

DD. qui absurdam Cœpollæ sententiam defendunt, aiunt: iura præcitata non distinguere, vtrum ante vel post clericatum bona sint acquisita. Dico, hoc argumentum falsum esse. Nam clare *d. l. sacrosancta.* meminit de bonis in Clericatu quæsitis. Deinde idem satis aperte tradit *d. Auth. presbyteros.* dum Clericis priuilegium tribuit non simpliciter, sed ad similitudinem castrensis peculii.

Deinde & secundo necessum est, vt patrimonialia Clericatus occasione fuerint quæsita.

Quum enim secundum præmissa filiisfamilias Clericis priuilegium testandi ad similitudinem Castrensis peculii concessum sit: *d. Auth. Presbyteros.* In filiisfamilias autem militibus castrense peculium ad res occasione castrorum quæsitas limitatum, & à profectitio atque aduentitio peculio distinctum fuerit: Fieri sane haudquaquam potest, vt in Clerico filiofamilias, peculiiq. castrensis nomine aliquid amplius quam res occasione Clericatus quæsitæ, (puta, quæ aliter quam Clericatus occasione quæsitæ, aut aduentitia etiam bona sunt) comprehendantur. Ita enim ius Clericis filiisfamilias non ad similitudinem castrensis peculii, sed multo plus quam militibus priuilegii tributum esset. Quare generalia verba *in d. l. sacrosancta.* ibi (quæcunq; in eodem gradu locoque viuentes acquirere potuerunt) *& in d. Auth. Presbyteros.* ibi (res quolibet modo ad dominium venientes eorum) ad subiectam materiam & ad limites harum legum atque ita restringenda erunt, vt priuilegium Clericis filiisfamilias non effuse atque indistincte, sed veluti militibus, atq; ad similitudinem castrensium peculiorum datum meminerimus.

Recte ergo *Bart.* atque vere *in d. l. sacrosancta. num. 2.* hæc iura de iis tantum bonis intellexit, quæ Clericatus occasione quæruntur. Cuius sententiam multum æquitatis in se continere *Ias. in d. l. filia licet. num. 7.* & veritatem esse dixit *additio ad Dec. d. l. senium. verb. Clericu.*

Verum quum de fructibus beneficiorum Clericus testari iure nequeat: 173
vt postea videbitur, & iura præcitata generalius loqui, quam vt restringi commode posse videantur: Hinc ergo plerisque visum est, quæ in aliis bona aduentitia sunt, in Clericis filiisfamilias *e* quasi castrensia haberi, vt videlicet de iis testari queant. Et ita sensit *Bart. f* sibi contrarius *in cons. 61. incip. filiusfamilias presbyter. num. 3.* Quicquid (inquiens) à filio presbytero quæritur, hoc ipsi pleno iure acquiritur, ex causa scilicet aduentitia, non contemplatione Ecclesiæ, vel sacerdotalis officii. Et licet ibi addat, idem expresse docuisse Cynum *in d. Auth. Presbyteros.* Nihil tamen tale apud Cynum ibi extat. Est tamen hæc posterior sententia hodie receptior quam tuentur *Ioan. Andr. Ant. de Butr. & Abb. in d. c. quia nos. ibi Couarr.* dicens communem, *num. 1. & 2. Castr. d. l. sacrosancta. late Ias. in dict. l. filia licet. num. 4. C. collat. Benedict. d. verb. matrem insuper nomine Cleram. num. 17. vsque 20* latius *Roland. à Vall. d. cons. 16. per tot. lib. 4. Dilect. d. caut. 1. num. 5. & 6. Sim. de Prat. de interp. vlt. vol. lib. 2. interp. 1. dub. 1 solut. 4. num. 76. cum seqq.*

e Occasione Ecclesiæ quæsita, id est, fructus beneficiorum, illi nominant bona profectitia. Nam vt filiusfamilias in talib. nil iuris habet: ita idem dicunt in fructibus beneficiorum. Et quæ in aliis dicuntur aduentitia, in his quasi castrensia esse volunt.

f Quemadmodum primū mobile suo motu secum rapit orbes inferiores: Ita sæpe communis vulgi error etiam heroicos viros in ruinam præcipites agit. Exemplum extat illustre hic.

Hisce ergo omnibus satis est, bona in Clericatu alicui obuenisse, licet alia quam Clericatus occasione quæsita sint.

Quum triplicia Clericorum bona sunt, Clericum de patrimonialibus testari posse constat.

At Clericus filiusfamilias testatur de peculio clericali, quod ipse videlicet 1. in Clericatu, 2. & clericatus occasione quæsiuit.

Hanc doctrinam simplicem & certam DD. communiter impugnant, tribus, nisi fallor, de causis.

1 Primum permouit ipsos commune interpretum dogma: Quod Clerici de fructibus præbendarum non testentur: cuius tamen contrarium diserte docet *Bart. in d. l. sacrosancta.*

2 Secundo ponderarunt & hoc, quod ea, quæ in aliis quasi castrensia sunt, vt prouenientia ex professione liberalium artium, ex administratione publicorum officiorum, & ex patrociniis causarum, proprie huc non pertineant. Nam quia filiifamilias omnes de his

de his testari queunt: Ideo proprie ad peculium Clericale non referuntur: quum frustra priuilegio clericali detur, quod alias tribuitur à iure.

Tertio multum eos torsit textuum generalitas. Nam *d. l. sacrosancta.* generaliter huc refert quæcunque Clerici in eodem gradu locoq; viuentes acquirere possunt. Verba autem *d. Auth. Presbyteros.* sunt magis generalia. Nam res quomodolibet, modo ad dominium clericorum venientes, clericis attribuit.

Vt ergo textuum generalitati satisfacerent, contenderunt, etiam ea, quæ in aliis aduentitia sunt, hic esse quasi castrensia. Vt proinde hodie satis sit secundum DD. si res in clericatu sint quæsitæ, ad hoc, vt de peculio quasi castrensi censeantur, exceptis casibus de quibus infra. Cui porro consequens est, vt peculium clericale hodie comprehendat. 1. Quæsita in clericatu & occasione clericatus. Quorsum & fructus præbendarum pertinent ex sententia Bartoli hodie communiter recepta. 2. Quæsita in clericatu, licet non occasione clericatus.

1. Puta, quæ in aliis sunt quasi castrensia: quod nullum dubium habet.

2. Aduentitia: Quæ sententia hodie communis est.

174 De tertia autem specie bonorum, quæ acquirunt Prælati ex artificio, doctrina, officiis, seruitiis, distinctionem quidem tradit *Nicol. de Vbald. loco præcit. num. 22. vers. tertio videndum.* Sed tandem testatur communem obseruantiam & consuetudinem habere, vt huiusmodi prouentus Clericorum propria patrimonia sint: & in talibus bonis Clericorum consanguinei mortuis ab intestato succedant. Vt proinde non distinguendum sit, vtrum officium seu seruitium à dignitate clericali pendeat, puta, si pro confessionibus audiendis, aut pro officio docendi, aut ex prædicationibus Clericus quid acquisiuerit: an vero à Clericatu plane separatum sit, vt, si clericus Aduocatum, Notarium, Medicum, Legatum agat, *c. quicunq. 12. quæst. 3. d. c. quia nos. d. c. relatum. Gemin. c. fin. numer. 14. 15. 16. 17. 18. de offic. ord. in 6. Philip. Franc. d. rubr. loco relato, ibi, sed quæritur primo. vbi etiam in secunda & tertia quæstione de aliis acquæstibus agit. Couarru. cap. 1. nu. 11. dicens non distinguendum inter Clericum & Episcopum. extr. testam. Idem c. cum in officiis. num. 4. vers. quinto. dicens communem. Idem in dict. cap. quia nos. numer. 1. Capyt. decis. 98. num. 1. Anchor. Iun. lib. 2. quæst. 10. num. 15. Graff. d. quæst. 34. nu. 1. 2. Corn. consil. 88. num. 8. & 9. lib. 2. cons. 314. num. 2. lib. 3. vbi dicit omnes communiter in hoc concordare. Idem cons. 79. num. 3. lib. 4. Boer. cons. 3. Paris. cons. 33. per tot. lib. 4. Zas. cons. 9. nu. 34. lib. 2. Simon Pistor. cons. 1. nu. 31. cum seqq. lib. 2. consil. Modest. Pistoris.*

In talibus autem bonis filiumfamilias Clericum testari posse nemo dubitare potest: quum eiusmodi *g* acquæstus in aliis etiam non clericis q. castrense peculium sint: & filiisfamilias clericis ex receptiori DD. sententia, in aduentitiis etiam bonis testari liceat, quemadmodum in præcedente membro relatum est.

g Si aduentitia in clericis filiis sunt q. castrensia, magis quasi castrensia erunt acquæstus ex artificio, doctrina, officiis, & multo magis q. castrensibus accensebuntur reditus beneficiorum, de quibus hodie Clerici de consuetudine testatur.

175 Porro ad secundam speciem bonorum quod attinet, quæ ex fructibus, reditibus, obuentionibus quorumcunq; beneficiorum, ac prælaturarum siue dignitatum proueniunt, iuris Pontificii regula est: Clericum beneficium Ecclesiasticum habentem, testamento non posse disponere de bonis occasione Ecclesiæ acquisitis, *d. c. Episcopi. cum duob. seqq. 12. quæst. 1. cap. nulli & c. fixum. 12. q. 5. d. c. 1. ibi Couarr. num. 5. vers. tertio. d. c. cum in officiis. ibi Couarru. num. 5. vers. septimo.* dicens esse sententiam omnium consensu receptam, & omnes iuris vtriusque professores hanc veram fateri, *d. c. quia nos. d. c. relatum. latissime Panormit. in c. cum esses. eod. tit. DD. in d. Auth. licentiam. Nicol de Vbald. de success. Cleric. secul. num. 10. vsque 17. Petr. Gregor. in syntag. iur. part. 3. lib. 42. cap. 7. num. 2. & seqq. Clar. d. q. 27. nu. 3. Groff. d. §. testamentum. q. 34. n. 2. Corn. cons. 88. n. 8. lib. 2. cons. 314. n. 2. lib. 3. cons. 79. n. 2. lib. 4. Zas. dicens communem cons. 9. n. 31. 34. 35. lib. 2. Porc. cons. 25. n. 17. Idem cons. 104. per tot. Modest. Pistor. cons. 25. num. 1. vsque 7. lib. 1.*

Amplia

Amplia hæc 1. Nam regula *d. c. cum in officiis* pertinet ad omnia non immobilia tantum, sed & mobilia etiam bona, *d. c. relatum. Modest. Pist. d. cons. 25. num. 5.*

Amplia 2. In bonis à Clerico de fructibus præbendarum comparatis, *d. c. Episcopi. d. c. nulli. d. c. fixum. d. c. cum in officiis. d. c. quia nos. & d. c. relatum. Clar. d. q. 27. num. 3. Graff. d. quæst. 34. num. 5.* Atque ita etiam, *h* puta in quæsitis de rebus Ecclesiæ, textum *l. 2. C. Episc. & Cler.* intelligit *ibi glos. verb. oporteat.* quam & *Cyn. in Auth. licentiam. C. eod.* probauit.

h Ibi traditur conciliatio inter *d. l. 2. & l. sacrosancta. C. episc. & cler.*

Amplia 3. Nam etsi clerici regulares, iam ol m bona propria habue- 176
rint, & testamenti factionem: *l. generali. 13. C. SS. Eccles.* Tamen hodie si ante Monachismum, testamentum non fecerint, quod ipsis vtique integrum est, postea id facere nequeunt. Omnia enim, quæ eorum fuerunt propria, tacito iure ad Monasterium transeunt, excepta liberorum legitima, & vxoris dote atque lucro nuptiali, *c. quia ingredientibus. c. si qua mulier. §. nunc autem quum monachus. 19. q. 3. §. illud. in Auth. de monachis. Auth. ingressi. C. SS. Eccl. Ang. Aretin. in tract. de testam. in pr. num. 32.* Quæ vera, etsi Episcopi, vel Cardinales fiant, *Bald. notanter in Auth. licentiam. num. 3. C. de Epis. & Cler. Phil. Franc. ad rubr. vers. vigesimo sexto & vltimo. ibi, decimo quarto quæritur, si monachus, vel canonicus regularis. & ibi, decimo quinto quæritur quid si monachus vel canonicus.* Aut ad Pontificatum *i* ascendant: nisi reuera magna & legitima causa subsit, vt tenet *Franc. ibi vers. decimo sexto quæritur, quid in Papa, si prius fuit monachus.* Testantur tamen Monachi etiam post ingressum religionis ratione liberorum, *d. c. si qua mulier. in princ. Auth. si qua mulier. C. SS. Eccles.* & in quæsitis post Monachismum *ex Nouell. 5. Leonis.* & infra annum probationis, *Philip. Franc. loco præcitato, ibi secundo limita. de testam. in 6.* aut si id Pontifex permittat, puta, si Monacho concedat facultatem, vt de bonis parentum testetur: Quod plerunq; fieri *Bald* ait, *in l. si quando. nu. 6. refert ibi Ias. nu. 1. C. inoffic. testam. Philip. Franc. loco relato, quæstione vltima. Guid. Pap. decis. 110. num. 3. ibi addit. Couarr. d. c. cum in officiis. num. 7. in fin. Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib. 2. interpr. 1. dub. 1. solut. 4. nu. 4. ibi de effectu huius sententiæ quærit. Plura in rem præsentem videantur apud Bart. in l. sacrosanctæ. num. 2. C. Episc. & Cleric. Bald. d. Auth. licentiam. numer. 3. ibi addit. Ias. in leg. si is qui pro emptore. num. 238. infr. vsucap. Felin cap. in præsentia. num. 42. & per tot. extr. probat. omnium latissime apud Philip.* k *Franc. loco relato. Cuiac. Nouell. 5. de Monachis. Alphan. in report. num. 40 & num. 707. Alex. cons. 10. lib. 5. Porc. cons. 23. num. 4. Nicol. de Vbald. de success. Cler. regul. part. 1. & 2. Iul. Clar. d. § testamentum. quæst. 28. per tot. Socin. reg. 225. monasterium ingressi. Scipio: Ianuarium. reg. 174. monachus regulariter. Guid. Pap. d. decis. 110. Afflict. decis. 320. Bodin. de repub. lib. 4. cap. 3. in fin. Graff. d. §. testamentum. q. 35.*

i A substantialibus regulæ dicunt Papam non liberari, Quæ sunt, votiua paupertas, castitas, obedientia. Qua de re supra aliquid dixi.

k Ille primum adducit tres rationes decidendi, cur monachi testari nequeant. Deinde plurimas quæstiones pulcherrimas mouet: 1. Quis succedat Monacho, si intra annum probationis moriatur. 2. An mendicantes intra annum probationis testentur. 3. An mendicantes aliquid cogantur relinquere Ecclesiæ suæ. 4. Quid iuris in mendicantib. professis, decedentibus ab intestato, an Monasterium petat eorum bona. 5. Quid in alus non mendicantibus, an aliquid cogantur relinquere Monasterio. 6. An testamentum ante factum rumpatur per ingressum religionis, si nil est relictum Monasterio. 7. Si ingrediens religionem omnia relinquat Monasterio, suis descendentibus nihil, an valeat testamentum. 8. An cogantur parentibus relinquere legitimam. 9. An post ingressum Monasterii possit reuocari testamentum iam factum. 10. An testamentum per ingressum in religionem confirmetur, vt per mortem. 11. Quid sit de conuersis seu oblatis, an testentur. 12. An vigore consuetudinis testentur. 13. An regulares saltem testentur ad pias causas. 14. An Monachus factus Episcopus vel Archiepiscopus testetur. 15. An Monachus factus Cardinalis testetur. 16. Quid in Monacho, qui factus est Papa. 17. An Papa disponere possit, vt Monachus testetur, disputat latissime pro & contra: Tandem concludit, id fieri posse, reuera subsistente magna & legitima cauta.

Versamur in illa clericalium bonorum specie, quæ de beneficiis Ecclesiasticis ac- 177
quiruntur. Quare ampliatio hæc tertia, quæ de Monachorum patrimonialibus agit, ad

ad regulam propositam incongrua videtur. Sed non est ita. Non enim ampliatio hæc tantum de bonis Monachorum patrimonialibus, sed etiam de bonis Ecclesiæ quætit. Exponit enim quid iuris sit in Monacho, qui ad Episcopatum, Archiepiscopatum, Cardinalitiam dignitatem, imo & ad Pontificatum ascendit. Et aiunt interpretes nostri, tales testari non posse, id est, de rebus Ecclesiæ. Ratio decidendi. Nam supra dixi, regulares Canonicos tria vouere, obedientiam, castitatem, paupertatem. Si vouerunt perpetuam paupertatem. Ergo contra regulam est bona habere: si bona habere illis non licet, testari non possunt. At contra regulæ substantialia dispensari non potest, *c. cum ad monasterium. 6. de statu Monach.* qui textus dixit: contra castitatem aut paupertatem Monachorum Romanum Pontificem licentiam concedere non posse. Verum hoc textu nil obstante, constat Pontifices dispensare. Et adduxi supra Francisci de Syluestris ad Thomam Aquinatem, & Couarruuiæ ad *c. 2. num. 11. h. tit. n. in antiquis.* effugia. Dixi tum quidem, illas responsiones meliores esse, quas ex interpretibus nostris adduxit *Astexanus minorita in sua summa. lib. 1. tit. 20. de voto. §. 11.* Ait ille, Pontificem non dispensare 1. sine magna & euidenti causa, quam putet DEO placere. Quæ est responsio Panorm. *c. quod DEI. in fin. vers. in gloss. fin. de stat. monach.* 2. item, quod dispensare non possit iure communi, sed bene de plenitudine potestatis. Atque ita etiam intelligenda sunt, quæ hic dixi. Monachus ascendens ad Pontificatum non testatur, id est, nisi magna & legitima causa subsit. Ita post prolixam disputationem residet *Philipp. Franc. loco relato.* Item, Papa non dispensat, id est, sine magna aut legitima causa: item non dispensat de potestate ordinaria.

Amplia 4. Nam acquisita à Clericis post eorum ordinationem, de rebus Ecclesiæ quæsita præsumuntur, *can. placuit. 12. quæst. 3. c. sacerdotes. cum duob. cc. seqq. 12. quæst. 4. DD. in d. c. 1. per illum textum, ibi Couarru. num. 6. extr. de testam. Corn. cons. 88. num. 10. lib. 2. cons. 314. num. 1. & 2. lib. 3. Porc. cons. 34. nu. 1. vsque 8. cons. 104. per tot. cons. 136. num. 1.*

Porro multis in casibus hæc præsumptio fallit: Quare pro fundata horum textuum resolutione videndi sunt *text. c. quicunque. §. sed quæritur. cum c seq. 12. quæst. 3. DD. d. Auth. licentiam. ibi Cyn. & Bald. DD. in dict. cap. 1. Nicol. de Vbald. de success. cleric. secul. numer. 20. Philip. Franc. loco relato. vers. quarto quæritur, quid si clericus. Anchor. Iun. quæst. 10. numer. 3. & seqq. lib. 2. late Menoch. de arbitr. iud. lib. 2. cent. 2. casu 195. per tot. Idem lat. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 53. per tot. Grass. d. §. testamen. quæst. 34. num. 2. 3. 4. Corn. d. cons. 88. & dict. cons. 314. cons. 79. n. 3. cum seqq. lib. 4. Alex. cons. 116. per tot. lib. 7. Et pulchre distinxit. Ludou. Roman. cons. 159. n. 4. Porc. d. cons. 34. nu. 8. Modest. Pist. d. cons. 25. n. 7. vsque 22.*

178 Amplia 5. In Episcopis & Archiepiscopis. Nam licet de bonis propriis & intuitu personæ quæsitis testari possint: nisi sint Regulares: Tamen aliud est in bonis Episcopatus, vel Ecclesiæ, aut eius respectu obuentis. Idemque de Cardinalibus est. *Phil. Franc. loco relato. vers. vigesimo primo prohibentur testari Episc. vers. vigesimo secundo prohibentur testari Cardinales. vers. octauo quæritur, quid de Episcopis. vers. nono quæritur, quid de Cardinalibus. vers. vigesimo sexto & vltimo prohibentur testari monachi, ibi, decimo quarto quæritur si monachus. & versic. decimo quinto quæritur quid si monachus.*

Amplia 6. in militibus Hierosolymitanis. *l* Nam & hi Ecclesiasticorum ordinum pars sunt. Prohibentur autem testari de immobilibus sine Papæ licentia. *Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 2. interpret. 1. dub. 1. solut. 4. num. 37.*

179 Declara hæc I. Nam licet clerici de fructibus beneficiorum de iure testari nequeant: tamen in vita sua vsufructuarii sunt: *DD. in c. 1. & fin. de pecul. cleric. DD. in d. c. 1. d. c. cùm in officiis. d. c. relatum. extr. testam. ibi late Abb. in c. cum esses. Anchor. Iun. lib. 2. quæst. 10. num. 7.* & reditus beneficiorum dispensare possunt. Quæ tamen sententia distinctionem habet. Nam valenti nullus

l Milites Hierosolymitani, dicti Ioannitæ, postea Rhodii, & hodie Melitenses appellantur, eorũ historiam scripsit libris 12. Henric. Pantaleon Physicus Basileensis: & aliquid de hisce militib. notauit Frãc. Modius de ordinibus Põtificiis prope fin. ad rubr. De familiis quibusdã equitũ initiatorũ.

nullus modus iure præstitutus est, *Panorm. c. ad hæc. arg. illius text. prope fin. Couarru. d. c. cum in officiis. numer. 5. versic. 6. c. quia Ioannes. cum glos. 12. quæst. 5.* Et olim quidem facultatum Ecclesiasticarum dispositio Episcopi libero arbitrio erat commissa: postea autem canones modum rationemque disponendi præscripserunt, nempe, vt quatuor partes tam oblationum, quam aliarum quarumcunque obuentionum fierent: quarum vna pauperibus distribueretur, altera clericis, tertia fabricis templorum impenderetur, quartam Episcopus retineret hospitalitatis exercendæ causa, *c. vobis. c. Vulterana. c. concesso. c. quatuor c. de redditibus. c. cognouimus. c. mos. c. sancimus. 12. quæst. 2. can. Præsulum. 16. quæst. 3. Duaren.* m *de sacris Ecclesiæ mysteriis. lib. 2. cap. 1. ad fin.* Nihil ergo prohibet, quo minus Abbatissa ex fructibus Monasterii, deductis tamen prius Monialium expensis, aliisque Monasterio necessa iis, nepoti ex fratre egenti & benemerito aliquid largiatur, nullo Monialium requisito consensu, vt respondit *Porc. cons. 27. & cons. 34. n. 10.* idem tradit *Zas. cons. 9. n. 31. lib. 1.* dummodo actu donetur, & non relinquatur conferendum post mortem. *Panorm. d. c. ad hæc. Porc. cons. 104.*

m Duaren. quam partē (inquit) abstulerint pauperes, in hoc (vt dicam) familiæ herciscundæ iudicio, mihi nondum plane cōpertum est: tametsi quid ipsis hic acciderit, & quam humaniter accepti sint, satis suspicor. Hæc ille. Est autem materia huius diuisionis vsque adeo odiosa, vt Ioannes Hussius iam olim tamdiu omnibus gratus fuerit, donec de rebus Ecclesiasticis differere, & pro hac diuisione pugnare cœpit. Quum enim in Clericorum luxum acriter inueheretur, & bona Ecclesiarum, quæ pauperibus hospitibus, idoneis ministris & fabricis templorum deberentur, ab illis in equos, canes, scorta nequiter profundi quereretur, in tantum odium omnium incurrit, vt illi ante non quieuerint, quam ille exustus esset.

Ægro autem, si ex ægritudine discedat, non nisi moderate donare conceditur, pro arbitrio dispensare non licet, *d. c. ad hæc. ibi DD. Couarru. d. c. cum in officiis. nu. 5. Sebast. Medic. reg. 5. eleesymonam possunt. Porc. d. cons. 104. per tot.* ne libera dispensatio omnium fructuum Ecclesiæ per viam testamenti ægro interdicta, alia via administrationis liberæ inter viuos, cum præiudicio Ecclesiæ concedatur. 180

DD. duo mouent: I. Quærunt, cur clerico ægro donare liceat, testari non liceat? Respondent *Panorm. & Couarru.* vt videri potest per illos. Ego dico, testamenti factionem Dominorum esse. Hinc successor hæreditatis hæres dicitur: quod in omne ius & dominium defuncti succedat. At ius Canonicum non permittit, vt Clerici Domini perhibeantur rerum Ecclesiæ seu fructuum de beneficiis. Deinde hæreditas est dispositio de vniuersa hæreditate defuncti.

Porro multum hæc differunt à moderata eleemosyna. Clericus est administrator in vita: potest ergo fructus dispensare. Illam dispensationem ipsi in vita plane auferri, licet ægro, non conueniebat. Ne autem moriturus forte illa dispensatione præiudicaret Ecclesiæ, moderatæ eleemosynæ concessio ipsi permissa est.

II. Mouent obiectionem: Quod vna via prohibetur, id altera non est permittendum. Clerico non licet testari de fructibus beneficii. Ergo ei ne quidem de illis eleemosynam facere licet. Videantur *DD. in d. c. ad hæc.* vbi Panorm. & Couarru. respondent. Vna via prohibitum, non est permittendum alia via, id est, si quid vna via prohibitum sit, quo ad effectum, seu simpliciter. Aliud, si aliquid sit prohibitum non simpliciter, sed quo ad modum agendi. Eandem expositionem habetis apud Molinæum *in l. vnic. q. vlt. n. 240. C. sent. quæ pro eo quod int. profer.* Verum plane impertinens hæc obiectio est ad rem propositā: Quod vna via probibetur, alia non permittitur. Ponderetur particula quod, id est, illud, vel illa res, quæ vna via prohibetur, alia non permittitur. Vna & eadem res exigitur, vt regulæ vel obiectioni locus sit. Disparatarum enim rerum, disparata illatio est. Sed longe aliud est eleemosyna in Partecken. Aliud est vniuersum alicuius patrimonium relictum per testamentum. Omnium fructuum Ecclesiasticorum, quæ necessariis supersunt impendiis, alienatio prohibetur per testamentum. At certorum fructuum moderata eleemosyna non prohibetur inter viuos. Plane disparata sunt certa portiuncula fructuum & totum corpus fructuum, quod necessitatibus Ecclesiæ superest. Quare quum hæc separata sint, regula *c. cum quid. de reg. iur. in 6.* impertinenter huc à Panormitano & aliis adfertur.

Declara

181 Declara 2. Nam quum acquisita per Clericum, habentem beneficium extra congregationem seu Collegium, ad successorem pertineant: *d. c. relatum. vers. vbi autem in loco defuncti. Quo loci idem Panormitan. Couarru. & cæteri annotarunt, Nicol. de Vbald. de success. cler. secul. num. 10. 13. 14.* Nihil ergo prohibet, quo minus antecessor successori per testamentum, aut legatum illa bona relinquat. Ita respondit *Porc. cons. 34. num. 19. & 23.*

Bona Canonicorum pertinent ad Capitulum, etiamsi ex bonis Capituli communibus Canonico quædam bona fuerint separatim designata. At aliud est in clericis, qui beneficia habent extra congregationem, vt, quia aliquis est rector Ecclesiæ parochialis, vel Prælatus, vel Archidiaconus, non beneficiatus à Capitulo, talia bona pertinent ad successorem. Ita Episcopi bona pertinent ad successorem. De his videantur *DD. d. c. relatum. & notanter Nicol. de Vbald. loco relato.*

182 Declara 3. notabiliter. Nam licet Clericus administrationem habens in fructibus beneficii, in vita sua Vsufructuarius, quum autem infirmari incipit, vsuarius fit: aliud tamen est in Clerico, qui non administrationem, sed beneficium simplex habet, competens personaliter tantum, ita quod fructus ratione stipendii personalis accipiat. Talis enim simpliciter Vsufructuarius est. Hæc est doctrina glossæ *in c. fin. verb. reseruari. de offic. ordin. in 6.* Et huius glossæ distinctionem verissimam, singularem, communiter receptam, à toto mundo allegari, & vbique obseruari testantur *Guid. Papa decis. 110. num. 2. Bellon. cons. 3. num. 1. 2. Afflict. cap. 1. §. his consequenter. num. 3. Hic finitur lex. Corn. cons. 314. nu. 2. lib. 3. Viuius in verb. Clericus. Addatur Grass. §. testamentum. q. 34. num. 5. 6. 7. 8.*

Et licet multi existiment, sententiam illius glossæ consuetudine quidẽ obseruari, iure autem verius esse, quod nullus Clericus fructus præbendæ suos faciat: *vt Panorm. c. cum esses. extr. test am. Philip. Franc. loco relato. vers. quinto quæritur an clerici possint testari. Zas. cons. 9. num. 33. cum seqq. lib. 2. Petr. Greg. in syntagm. iur. part. 3. lib. 42. cap. 7. num. 2. cum seqq.* præcitatam opinionem receptiori calculo reprobatam, *Porc. cons. 104. num. 14.* & falsam esse perhibentes, *Couarru. dict. cap. cum in officiis. num. 6. vers. octauo.* Tamen Gemin. eam saluat, & non Prælatos modo, sed & curatos atque Canonicos, qui præbendas suas distinctas tenent, tales Clericos esse testatur, qui administrationem habeant, vt firma stet conclusio, habentem beneficium quantumuis simplex in titulũ, cui sit assignata certa dos, obtinere beneficiũ cum administratione: quum tunc illius dotis administrationem habeat. Ad alteram autem distinctionis partem, Glossam tria requirere dicit, vt 1. Clericus administrationem non habeat, 2. vt beneficium simplex sit, 3. Clerico obueniens personaliter. Ita ille *in d. c. fin. nu. 14. 15. 16.*

183 Quod tantus præstantium Iureconsultorum circa distinctionem præfatam conflictus est, id, nisi fallor, ab æquiuocatione vocis est. Beneficium cum administratione alii aliter accipiunt. Quidam intelligunt, administrationem non rerum seu præbendarum, sed aliter: & dicunt, Prælatos habere administrationem. Innocentius dixit, idem esse in Curatis. Hos, ait, habere administrationem, cum possint iniungere pœnitentias. Alii simpliciter intelligunt administrationem de rebus, seu de beneficiis. Si administrationem non intellexerimus de rebus seu præbendis, prædicta distinctio glossæ saluari non potest. Nam opponunt omnes textum *d. c. relatum. el 2.* vbi clare deciditur: Canonicum, qui habet beneficium simplex, testari non posse. Respondeo, 1. ad hoc, vt quis vsufructuarius sit, & licentiam testandi habeat, tria requiri, vt prædixi. 2. Et beneficium simplex Canonici, cum sit assignata certa dos, esse beneficium cum administratione.

Vnde ille infert *ibi nu. 18.* Canonicum posse testari de cotidianis distributionibus, quæ dantur pro labore diurno, vt stipendium personale.

O Hoc

Hoc enim nomine Canonicum proprie dici simpliciter & personaliter beneficiatum: quum non habeat administrationem rerum, vnde distributiones soluuntur, *text. in c. vnic. de cler. non resid. in 6. Vbald. qui tamen latissime disputat, de success. Cler. secul. num. 18. vsque 20. Couarr. d. c. cum in officiis. nu. 4. vers. quinto. d. c. quia nos. n. 1. Grass. §. testamentum. q. 34. nu. 8.* Et huc omnia ea allegata pertinent, quæ circa tertiam speciem bonorum Clericalium adduxi: quum obseruantia non distinguat, Vtrum personale seruitium à dignitate Clericali pendeat, vel non pendeat, per supra dicta.

Quicquid n. Clericus vltra patrimonialia, acquirit, id aut ex fructibus & reditibus statis atque fixis præbendarum, aliorumque beneficiorum intuitu Ecclesiæ, aut immediate ex industria personali, & labore, respectu personæ habet. Ita vt si non laboret, non capiat, & proinde reditus sint casuales atque incerti, nec attineant ad corpus præbendæ, neque computentur in valore præbendarum, aut fructuum: quales distributiones diurnas esse constat, & est communis opinio, quam late deducit *Paris. d. cons. 33. per tot. libr. 4. Anch. Iun. d. quæst. 10. num. 3. 4. 5. 6. libr. 2. & alii locis supr. relat.*

Declara 4. Nam licet veteres canones voluerint, Clericos illos tantum Ecclesiarum stipendiis alendos, quibus parentum & amicorum nulla suffragantur stipendia: Eos autem, qui bonis parentum & opibus sustentari possunt, si quod pauperum est, accipiunt, sacrilegium incurrere: *can. Clericos. c. pastor. c. sacerdos. 1. quæst. 2. c. fin. 16. quæst. 1. Duaren. de sacris Ecclesiæ ministeriis. lib. 2. Petr. Gregor. d. cap. 7. num. 2. cap. 1. in fin.* Quum tamen nemo suis stipendiis militare cogatur: *1. Corinth. 9. vers. 5.* hinc fit, vt dispositionem iuris diuini atque Canonici (quod altari seruiens de altari viuere debeat, *c. ex his. 12. quæst. 1. c. cum secundum. 16. c. extirpandæ. 30. extr. præben.*) interpretes nostri sine distinctione accipiant, siue Clericus habet, vnde viuat, siue non, *Nicol. de Vbald. de success. cleric. secul. num. 21. vers. vltimo quæro. Tiber. Decian. cons. 43. num. 22. lib. 1.* 184

Atque hinc deducitur, Clericum in reditibus præbendæ ad honestum sumptum necessariis, quos propter alia subsidia præcipuos habet, vsufructuarium esse, & de illis pro arbitrio disponere posse, *Couarru. d. c. quum in officiis. nu. 2. vers. primum & vers. tertio.*

o Quid si amplissimũ sit stipendium, vt sunt prælaturæ, & aliæ dignitates, Suntne omnes fructus ipsius Ecclesiæ? Resp. Non. Sed clerico debentur sumptus necessarii: Debetur illi etiam merces, seu stipendium laboris & industriæ.

Declara 5. In reditibus, o quos dignissima mercede, industriæ & laboris impensi in Ecclesiæ regimine Clericus percepit, qui Ecclesiæ curam gessit, *Couarru. d. c. quum in officiis. nu. 2. vers. tertio.* 185

Atque huic quartæ & quintæ declarationi porro consectarium est: quum fructus præbendarum & beneficiorum, quæ Clericis reformatarum Ecclesiarum conferuntur, vt plurimum tales sint, vt necessario & honesto sumptui proportionentur: industriæ autem & laboris in Ecclesiæ regimine impensi dignissimam mercedem haudquaquam superent: Clericos proinde nostros omnes vsufructuarios, non vsuarios esse, *Philipp. Melanch. in epitome Moralis Philosophiæ, sub rubr. vtrum sacerdotes sint vsuarii, aut vsufructuarii.*

Fallit 6. Nam consuetudine generali Italiæ, Hispaniæ, Galliæ, & aliorum locorum receptum est, vt Clerici (non Episcopi) in fructibus beneficiorum sint vsufructuarii, & de illis testentur. Et licet aliqui hanc consuetudinem reprobent, *Zas. cons. 9. num. 49. lib. 2.* Eam tamen DD. communiter defendunt, maxime quum Papa scienter eam toleret, *d. c. fin. ibi Gemin. num. 13. de offic. ordin. in 6. d. cap. relatum. Philip. Franc. dict. rubr. versic. vigesimo* 186

prohibentur

prohibentur testari omnes clerici, ibi, secundo limita: Nam ratione consuetudinis, &c. Couarr. d.c. cum in officiis num. 9. Guid. Pap. decis. 110. nu. 3. Anch. Iun. quaest. 10. num. 7. lib. 2. Bellon. cons. 3. num. 9. & communem dicit Viuius verb. Clericus seu praelatus, in fin.

Atque hinc liquido deducitur, doctrinam Bartoli *in d. l. sacrosancta. n. 2. C. de Episc. & Cler.* quod videlicet fructus praebendarum ad peculium clericale pertineant: & proinde de eo Clericus filiusfamilias testamentum condere possit, hodie consuetudine Vniuersali esse receptam.

187 Declara 7. Nam Episcopi & Cardinales testari possunt de fructibus suarum dignitatum, consentiente summo Pontifice, quae solennitas necessaria est in testamentis Episcoporum & Cardinalium, *Andr. Barbatia de praestantia cardin. quaest. 4. num. 1. Couarru. dict. c. cum in officiis. num. 7. latissime de effectu licentiae à Papa concessae disputat Sim. de Prat. de interp. vlt. vol. libr. 2. dub. 1. solut. 4. num. 37. vsque 74. Franc. Mant. notanter de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 9. num. 2. cum seqq. Kirchou. cent. 1. commun. opin. conclus. 81. dicens communem. Graff. d. §. testamentum. q. 34. num. 9.*

Papam tamen consentire non posse contendit *Philip. Franc. loco relato. vers. sexto quaeritur, vtrum clericus secularis.* nisi vera & legitima atq; magna causa subsistente, vt ibi post longam disputationem decidit, *versic. decimo septimo & vltimo quaeritur.* Et vide quae hac de re tradit *Ias. in Auth. ingressi. C. de SS. Eccles. & l. si quando. nu. 2. C. de inoffic. testam.*

Clericis autem consensu summi Pontificis opus non est: quum consuetudine generali defendantur: *Couarr. d. c. cum in officiis. num. 9.* nisi forte alicubi ea non vigeat: Quod *Zas. in cons. 9. num. 49. lib. 2.* de casu, in quo respondit, testatur.

188 Declara 8. Nam de rebus quoque immobilibus testatur Clericus, si tantum dedit Ecclesiae de suo proprio, *Philip. Franc. loco relato. versic. sed limita praedicta primo, per c. si Episcopus. 12. q. 5. c. si quis. 12. q. 2.*

Ex hisce omnibus iudicari potest de peculio clericorum. DD. aiunt, peculium clericorum quoddam esse profectitium, quod ab Ecclesia proficiscitur, de quo testari nequeant. Tales sunt omnes fructus beneficiorum, *Zas. cons. 9. num. 41. libr. 2. Porc. cons. 34. num. 23. cons. 104.* Quoddam quasi castrense, huc referunt bona aduentitia, cum iniuria parentum. Deniq; huc pertinere dicunt, omnia illa, quae simpliciter & personaliter beneficiati acquirunt, *Castr. in l. nemo. num. 2. C qui testam. fac. poss.* Et supra dictum est.

Verum si quis omnia ea, quae hucusque dicta sunt, perpendat, ille intelliget, Bartoli doctrinam *in d. l. sacrosancta.* facillime posse defendi. Ille dicit, quasi castrense peculium in clerico esse, quod ille occasione clericatus acquirit. Hinc sequitur 1. ea, quae personaliter priuilegiatus acquirit, esse quasi castrensis peculii clericalis. Hinc sequitur 2. etiam fructus praebendarum esse peculii clericalis quasi castrensis, saltem ex consuetudine generali. Et dato, quod in aliquibus locis consuetudo illa non vigeret, saltem ex limitationibus illis, quas Couarruuias adfert, regula iuris Canonici eneruari & defendi potest, clericos in fructibus praebendarum esse vsufructuarios. Hinc sequitur 3. bona aduentitia non esse quasi castrensis peculii clericalis. Quae verior, quicquid alii dicant. Hinc sequitur 4. quicquid clericus acquirit non occasione clericatus, sed ratione officii à clericatu non pendentis, id quidem quasi Castrense peculium, sed non peculium clericale esse.

IX. Haec sententia fallit in eremitis. Nam testari possunt, nisi regulam sint professi. Habere enim tales non possunt proprium, *c. cum Ioannes. de fid. instrum. in antiq. Philipp. Franc. loco relat. vers. septimo quaeritur.*

Et haec de quinta fallentia Socini sufficiant. Sextam autem, quae cum prima incidit, omitto.

VII. Ergo ille limitat hanc nostram illationem in peculio castrensi, vel quasi castrensi, *l. pen. & fin. ibi Bart Dec. & reliqui. C. qui testam. fac. poss. Harmenopul. lib. 5. tit. 2. de testam. eorum qui alien. iur. sunt. Specul. d. §. compendiosa. n. 3. 8. Bart. d. l. qui in potestate. ante num. ibi DD. hoc tit. n. Roland. de testam. part. 1. rub. 2. num. 2. Dilect. de arte testandi, caut. 1. num. 1. Clar. q. 18. num. 6. 7. Benedict. d. verb. matrem insuper nomine Cleram. nu. 6. 7. 8. & verb. testamentum. el 1. nu. 46. 47. 48. Ang. Aretin. in tr. de testam. in prin. nu. 34. cum seqq. & gloss. 2. Gouean. lib. 2. lect. cap. 33. Petr. Greg. d. cap. 8. nu. 4. Sim. de Praet. de interp. vlt. vol lib. 2. interp. 1. dub. 1. solut. 4. nu. 90. Ascan. de patr. potest. effectu 9. n. 5. 6. 7. Hor. Luc. de priuileg. schol. priuileg. 59. Lud. Rom. cons. 512. nu. 1. Cephal. cons. 406.* Estq; decidendi ratio, quod filiusfamilias in talibus sit pro patrefamilias, *Bart. l. 1. §. in filii. n. 3. infr. ad SC. Trebell. additio ad Ias. l. pen. nu. 5. in addit. incip. tertio nota. C. qui testam. fac. poss.* Et quid iuris sit in testãte de peculio castrensi, vel q. castrensi, qui se patri hæredem extitisse ignorauit, explicatur *in l. pen. § filiusfamilias. infr. castr. pecul. ad quem textum videatur Cephal. cons. 415. per tot. VVesenb. cons. 17. num. 28.* 189

Vltra Socin. limita 8. Nam filiusfamilias donare causa mortis potest, cum consensu aut patris, aut aui, si is adhuc viuat, *l. tam is. 25. §. fin. infr. mort. caus. donat.* dummodo specialiter mortis causa donare ei permissum fuerit, *l. filiusfamilias. 7. vers. sed enim meminisse. infr. donat. DD. in l. senium. & l. pen. C. qui testam. fac. poss. DD. in prin. Instit. quib. non est permiss. fac. testam. Roland. de testam. part. 1. rubr. 2. num. 3. & 4. Dilect. de art. test. tit. 1. caut. 1. num. 3. 4. Benedict. d. verb. matrem insuper nomine Cleram. nu. 43. late Clar. §. donatio. q. 6. per tot. Vasqu. de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 22. Ascan. de patr. potest. effectu 10. num. 1. & seqq. Sim. de Praet. de interpr. vlt. vol. lib. 2. interp. 1. dub. 1. solut. 4. num. 39. Grass. § donatio causa mortis. qu. 3. Roman. cons. 512. num. 1. & seq. Cephal. consil. 487. num. 49. cons. 531. num. 18.* 190

Porro anxie DD. nostri quærunt: cur filiofamilias cum consensu patris causa mortis donare, non autem testari permissum sit? Et licet alii alia locis præcitatis, Iason autem *in d. l. senium. num. 8.* quatuor rationes ex ordine, & Mynsingerus *in princ. num. 3. d. tit.* ex Barioto quintam attulerit: crebriore tamen calculo DD. eam sententiam amplexos video: quod testamentum ab alieno arbitrio pendere nequeat, *Cyn. in d. l. senium. num. 5. 6. ibi Bart. Bald. n. 3. Castr. nu. 3. Ias. nu. 9.* dicens communem & veriorem, eandem veram perhibent *additio ad Dec. verb. effectum. Bald. l. qui in potestate nu. 1. & 2. h. tit. n.* Communem etiam testatur *Ascan. loco præcit. effectu 9. & DD. locis relatis.* Quum aliud sit in donatione causa mortis, quæ effectu quidem considerato, vltimis Voluntatibus, at essentiæ & formæ respectu, contractibus accedit: Imo plus cum contractibus, quam cum vltima Voluntate commune habet, *DD. locis relat. & Clar. d. §. donatio. q. 5. Sim. de Praet. de interp. vlt. volun. lib. 2. interpr. 1. dub. 1. solut. 9. num. 9. 10. Grass. d. §. donatio causa mortis. quæst. 2. & supra circa diuisionem testamenti dixi.*

In hac quæstione, cur testamentũ filiifamilias cum consensu patris non valeat, donatio causa mortis valeat, DD. communiter ad theoricam supra declaratam prouocãt: quod testamentum ab alieno arbitrio pendere, aut in alienum arbitrium conferri nequeat. Hęc ratio, nisi plurimum fallor, materiæ nostræ parum congruit. Primum n. duarum personarum duas prærequirit Voluntates. At filii in testamentis nulla Voluntas est. Quod ergo non est, de eo nullæ possunt prædicari qualitates. Et prima Iureconsultis de essentia, altera de qualitate quæstio est. Secundo, ratio prædicta non modo illud, ad quod adducitur, non conficit: sed & plane contrarium efficit. Si enim recte dicimus, filii Voluntatem non posse pendere à Voluntate patris: Ergo filii aliqua Voluntas erit: Et per consequens testari poterit. Certior ergo ratio est, quæ hic allegatur.

At hanc

At hanc rationem ego iure defendi non posse arbitror: quum regula iuris, quæ vltimam voluntatem ab alieno arbitrio pendentem improbat, duarum personarum duas distinctas prærequirat voluntates, vt is videlicet, cui ius testandi est, dispositionis suæ essentiam in alienam voluntatem conferat: quum de patre & filio, in potestate retento, quos iura pro vna persona habent, nil tale dici possit. Vt proinde regula prærallegata non vsque adeo bene huic negocio accommodetur. Pendere enim, quod non est, haudquaquam potest.

Verius autem est, in testamentis ius pub. 12. tab. exigere, vt qui testatur, paterfamilias sit, per supra dicta. Quum enim in testamento disponatur de vniuerso testatoris patrimonio, eamque ob causam antiquitus testamenta per venditionem familiæ fierent: Hinc ergo sequitur, de familia & vniuerso iure neminem, nisi qui caput familiæ sit, disponere posse. At nihil tale de donatione causa mortis relatum est. Addendum & hoc, quod filiusfamilias patris iussu, aut voluntate donauit, perinde esse, ac si ipse pater donasset, *l. in ædibus. 9. §. quod filius familias. infr. donat.* Cui porro consequens est, si filiusfamilias voluntate patris testaretur, non tam filii voluntatem à patris arbitrio, quam ipsumet patrem testatũ videri: Quod iura extra casum pupillaris aut exemplaris substitutionis non admittunt.

IX. & X. limita, vt per *Benedict. loco præcitato. num. 37. vers. octauo fallit. & num. 40. vers. nono fallit.*

XI. Ille limitat in filiis hæreticorum, *loco præcitato, num. 41. vers. decimo fallit. Ad quem addatur Ascan. de patr. potest. effectu 7. num. 3*

191 XII. Ille limitat in filio, cuius pater religionem est ingressus. Quia cum pater per ingressum Monasterii sit mortuus mundo, filius liberatur à patria potestate. Ita decidit *loco præcitato post alias, num. 42. vers. vndecimo fallit.* Sed verius est, Monachatum non esse capitis diminutionem, p & Monachum factum, libertatem, ciuitatem, & familiam atque suitatem retinere, nisi sit Minorita, *DD. in d. l. Gallus. §. & quid si tantum. ibi Bologn. num. 53. 54. 55. Cuiac. ad Nouell. 5.*

Quæ doctrina explicari potest ex ample traditis per Vasq. *de success. progress. lib. 1. §. 1. n. 45. vsq. 50.* & ex iis, quæ supra ad definitionem testamenti, circa quæstionem, an mors spiritualis naturali parificetur, proposita sunt.

XIII. Idem limitat, si statuto cautum sit, vt filiusfamilias testari possit. Ita decidit *loco præcitato, nu. 25.* dicens hanc communiorem. Ad quam fallentiam omnino videndi sunt *Bart. in l. si quæramus. num. 5. ibi Bald. num. 5. h. tit. n. Alex. in l. senium. num. 12. C. qui testam. fac. Ang. Aretin. de testam. in princip. num. 11. Sim. de Prat. de int. vlt. volunt. lib. 2. interpr. 1. dub. 1. solut. 4. num. 36. Andr. Gail. obseruat. pract. lib. 2. obseruat. 124. num. 2*

XIV. Limita, si pater voluntarie filiis legitimam assignauerit in vita, quum hoc facere non teneretur. Nam de talibus bonis liberi inter se licite disponunt, ac si in patris potestate non essent. *Ita Benedict. verb. in eodem testamento relinquens. el 1. num. 221.*

Hinc infertur q III. surdum aut mutum regulariter non testari posse, *l. discre-*

p Capitis diminutionis tria genera sunt. Tria n. sunt, quæ habemus, libertatem, ciuitatẽ, familiam. Quũ omnia hæc amittimus, est maxima: quum ciuitatem amittimus, media: quum tantum familiam amittimus, libertatem & ciuitatem retinemus, minima est capitis diminutio, *l. final. sup capit. dimin.* Monachus hæc omnia retinet: Ergo capite non minuitur.

q Duaren *ad tit. n. h. §. sequitur aliud membrum.* dicit: quosdam prohiberi facere testamentum propter inopiam iudicii & consilii: quosdam, quod sui iuris non sint: quosdam, quod sensu aliquo corporeo destituantur: & huc refert surdos & mutos. Ego hanc distinctionem non improbo: sed iudico surdos & mutos à natura, recte iis etiam accenseri, qui ob iudicii inopiam testari nequeunt. Nam vt maxime demus, inter illos distinguendum esse, & quosdam vsum rationis, quosdam non habere: Et nobis etiam exempla in hac republica non desint: neq; me fugiat, quid Vasq. *libr. 1. de success. progress. §. 1. num.* 172. disputet: Tamen eo adduci non possum, vt credam illos iura testamentorum, hæredum puta & legatorum intelligere. Sed vtut sit, hæc materia recte huc refertur, quum in primo substantiali de habilitate testatoris in vniuersum, non de mentis & consilii tantum habilitate quæratur.

l. discretis 10. C. qui testam. fac. poss. pertinet huc *l. qui in potestate. 6. §. fin. cum l. seq. & l. filiusfamilias. 16. h. tit. n. l. octaui. 9. § fratris. infr. vnde cognati. §. item surdus. Instit. eod. tit. de testam. §. quinimo. Instit. milit. testam. l. ex facto. 43. infr. vulg. & pupill. l. nutu. 22. infr. legat. 3.*

Et iura quidem ff. disiunctim de surdo & muto loquuntur, vt *d. l. qui in potestate. §. fin.* Surdus & mutus testamentum facere non possunt: *& l. 7. ibi, si mutus aut surdus, &c. d. l. filiusfamilias. d. l. octaui.* quæ de surdo tantũ agunt: Neque enim aut surdo, aut muto, iure ff. testari licuit. Et decidendi rationes ex Vlpiano & Paulo adferunt *Hotoman. d. §. item surdus. Cuiac. d. l. qui in potestate. §. fin. & Brisson. lib. 6. formularum. fol. 654.* 1. 2.

Neque distinguebatur illo iure, vtrum vitium naturale vel accidentarium esset: aut vtrum quis literas sciret, vel ignoraret, *Theophil. in § item mutus & surdus. Institut. quib. non est permiss. fac. test. §. item surdus. Instit. eod.*

Ergo non opus erat de eo, qui surdus & mutus simul casu aliquo factus esset, illo iure caueri: quum qui vel altero morbo laboraret, testari non posset. Multo minus de surdo muto per naturam, aliquid eo iure cautum fuit, ne quidem de militibus: quum per naturam surdus mutus, nomen dare militiæ non potuerit. Quæ autẽ de testamenti factione actiua mutis aut surdis paganis, *l. si mutus. 7. h. tit. n.* aut surdis & mutis militibus ex priuilegio concessa legimus, *l. militari. 4. infr. milit. testam.* de iis accipienda sunt, qui casu aliquo naturalem audiendi & loquendi facultatem amiserant, vt sensus sit: Quemadmodum pagano, surdo, aut muto à Cæsare testamenti factionem impetrare licuerit: ita militem, qui vulnere accepto, morbove aliquo in castris surdus & mutus factus esset, iure militari testari potuisse, *Vigl. in §. quinimo. ibi Hotom. Instit. milit. testam. Vigl. in §. item surdus. Instit. quib. non est. permiss. fac. testam.*

Quomodo surdus aut mutus, aut vtroque morbo laborans, hodie testetur, apertissime Iustiniani Imperat. constit. *in d. l. discretis.* est expositum, qua cautum est: 1. surdum tantum indistincte, siue literas norit, siue non, siue vitium naturale sit, siue non. 2. mutum autem, si literas norit, siue vitium naturale, siue accidentale sit. 3. surdum & mutum simul ex accidenti, si literas norit, testari: per naturam autem his morbis vna laborantem, nullo modo testari posse.

Porro DD. in constitutionem apertam suas important expositiones, & iuribus ff. cum iure Instit. & C. collatis, nobis quasdam pariunt difficultates.

Primum obseruetur iuris prohibitio, qualis ne illa sit. Constat autem eum, qui vel altero morbo laborat, iam olim testari non potuisse. Quare iura ff. alternatiue de surdo aut muto loquuntur, quando ostendere volunt, tales testari non potuisse: neque opus fuit, vt prohibitio de vtroque morbo laborante ederetur, quando vel alter morbus testamento obsisteret.

Loquuntur ergo iura ff. alternatiue, nisi forte textum *l. iure. 4. infr. milit. testament.* coniunctim legere placeat.

Secundo obseruetur, quæ vis priuilegii militaris hac in re fuerit. Nam Vlpianus *in d. l. iure militari.* ait: iure militari surdum & mutum testamentum facere posse: quod & Imperator repetiit *in §. quinimo. eod. tit.*

Quæro ergo, de morbis ne naturalibus vel accidentalibus, coniunctis ne an disiunctis hæc sint accipienda?

Breuiter respondeo: recte Dominum Viglium docere, quod surdus mutus per naturam miles esse non potuerit: Mihi idem videtur de eo, qui altero morbo per naturam laboret. 1. Nam in milite mentis & corporis integritas requiritur. Et miles vir est quasi ex mille electus, in quo plurimæ animi & corporis dotes requiruntur, latissime *Guilhelm. Benedict. in d. cap. Raynutius. verb. testamen. el 1 num. 25. cum multis sequentib.* 2. Militiæ professio sua substantialia habet, & inter cætera examen & sacramentum requiruntur. At quomodo sacramentum mutus præstabit? 3. Denique quomodo officium

ctum, qui vel altero morbo laborat? quomodo Ducis iussa, quomodo classicum exaudiet? quomodo vigilis officium faciet, ad quod audiendi & loquendi facultatem requiri constat? daß er die Losung anhören/vnd erzehlen könne/ vt videlicet iudicium audire & referre possit.

Concludo ergo, iura præcitata de milite eo tantum accipienda, qui per accidens in morbum inciderit: Illum enim testari posse ante missionem iure militari.

Neque distinguo altero vel vtroque morbo laboret, dummodo animi sui sententiam literis prodere queat. Id enim omnino requiri arbitror, *Vigl. d. §. quinimo. num. 5. ibi Hotom.*

Quæro etiam, quod & quale hoc priuilegium fuerit in milite? Respondeo 1. Priuilegium esse, quod etiam mutus & surdus priuilegium militare retinuerit, *Vigl. dict. §. quinimo. num. 5.* 2. Quod ex priuilegio potuerit testari: quum id aliis non permitteretur, nisi principem adiissent, *Vigl. loco præcitato.* 3. Mihi hoc quoque addendum videtur, quod altero tantum morbo laborantibus iam olim Imperatorum indulgentia subuenerit, vt *l. si mutus. h. tit. n.* clare probare videtur: quum miles etiam vtroq; morbo laborans testari non prohiberetur.

Hoc ergo tenendum, iura præcitata de eo tantum milite agere, qui ex casu surdus aut mutus effectus est, aut vtroque morbo laborare cœpit: Non de eo, cui vel alter vel vterq; morbus per naturam adfuerit.

Tertio, quum *d. l. si mutus.* dicat, principem concedere potuisse sua dispositione, vt surdus aut mutus testaretur. Quæro ergo primo: Vtrum princeps dispensarit etiam de eo, qui vtroq; morbo laborarit? Respondeo, id videtur probare *text. d. l. discretis.* Nam quod ibi conceditur lege generali, proculdubio iam olim etiam beneficio concedi potuit, & concessum videtur. Sed contrarium verius est. Nam *d. l. si mutus.* alternatiue loquitur, neque vspiam in vniuerso iure textus aliquis extat, qui hoc dicat: quod & Iureconsultus non omissurus erat, *in d. l. si mutus.* si id tum fuisset receptum. Et ita sensit *Vigl. d. §. quinimo. num 5.*

Quæro 2. an etiam de naturalibus morbis dispensarit Imperator? Respond. Viglius id negat *loco præcit.* cui subscribo. Neque enim arbitror plus paganis iam olim concessum principis licentia, quam militibus priuilegio datum esset. Sed militi testari tum solum ex priuilegio licuit, si casuale malum esset: Ergo idem & non plus paganis tributum arbitror.

Hodie autem recurrimus *ad d. l. discretis.* De qua duo præcipue inter doctissimos interpretes quæri video.

1. Vtrum illa lege hodie milites paganis sint exæquati?
2. Quomodo *d. l. discretis.* conueniat *cum l. nutu. infr. legat. 3.*

Ad primam clare respondeo: quum militibus & paganis ante Iustiniani constitutionem, tantum contra morbos accidentales prouisum esset: & in hoc solummodo differentia consisteret: quod facultas testandi, quæ militibus priuilegio tributa erat, paganis supplicantibus à Cæsare concederetur: Hodie autem post *l. discretis.* necesse non sit, vt Imperator adeatur: Paganos ergo hodie militibus exæquatos, & quod huius consequens est, priuilegium militare hac in re sublatum esse.

Excipiunt DD. hoc absurdum esse: quod per *d. l. discretis.* priuilegium militare sublatum sit: quum post promulgationem *d. l. discretis.* priuilegium militare repetitum sit. Nam *in §. item surdus. Instit. quib. non est permiss. fac. test.* Imperator clare meminit de sua constitutione, puta de *d. l. discretis.* Et tamen in eodem libello *Instit. sub tit. de milit. testam.* & sic post promulgatam *d. l. discretis. §. quinimo.* militare priuilegium repetiit.

Sic ergo DD. argumentantur.

Si priuilegium militare per *d. l. discretis.* esset sublatum, nunquam Iustinianus illud post promulgationem illius legis repetiisset.

Sed post promulgationem prædictæ legis, illud priuilegium Imperator repetiit.

Ergo fieri non potest, vt per d. legem sit sublatum.

Hoc argumentum tanti momenti DD. nostris visum est, vt maximo studio quæsierint, quod surdi & muti militis priuilegium esset.

Communis DD. sententia est, vt dixi, militem à natura surdum mutum testari posse. Hic communis intellectus *d. §. quinimo.*

Porro quum hæc sententia absurda sit: *Ias.* in eo priuilegium militare collocat:

quod paganus cogatur testari secundum normam *d.l. discretis.* ita vt surdus mutus, aut mutus non admittatur ad testandum, nisi scribere possit. At militem ipse arbitratur testari posse, etsi scribere nesciat.

Quum enim miles notis testari queat: censet Iason eum etiam nutu, vel aliis signis testari posse.

At Iason à notis ad nutum male argumentatur: quum inter hæc maxima sit diuersitatis ratio. Notæ enim ab omnibus intelligebantur, quibus omnes communiter vtebantur: Vnde & Notarii dicuntur: quo tamen scripturæ genere Imperator leges describi noluit, §. *illud autem in proœm. ff. supra.* De nutu autem res est dubia: Ideo nutu fideicommissum non relinquitur, nisi ab eo, qui loqui potest, *d.l.nutu.*

Stat ergo ex his conclusio: paganos militibus hodie, quo ad facultatem testandi, esse exæquatos.

Ad obiectionem DD. respondeo: 1. Imper. in suis Institutionibus non tantum iura noua, sed & vetera referre. 2. Maximum adhuc hodie militis priuilegium esse, quo ad testandi formam. Nam pagani secundum formam à iure communi præscriptam, milites autem ex suo priuilegio testantur.

Ad secundam quæstionem quod attinet: gloriatur Imper. Iustinianus *in dict. §. item surdus.* se primum surdis & mutis, qui loquendi aut audiendi facultatem amittunt, sua constitutione, id est *per d.l.discretis.* prouidisse.

At contrarium probat *d.l.nutu. iuncta l.2.infr.legat.1.* Nam is solum fideicommittere potest, qui & testari potest. Sed mutus ex accidenti ibi testatur. Ergo, &c. Respondet Cuiacius, Tribonianum ex constitutione Iustiniani illa Verba addidisse responso Pauli, ex quibus sequatur, mutum testari posse.

Hoc admitti non potest. Nam nego, hæc apud Iustinianum esse, quæ ille addita putat. Iustinianus non aliter mutum testari vult, nisi scribere queat. Alia autem est sententia *d.l.nutu.* Non ergo hæc ex lege Iustiniani addita. Quare alia responsio quærenda erit.

Quum autem hoc pacto nullum priuilegium milites habituri sint, si 193
quod illis olim priuilegio datum fuit, hodie omnibus ex *d.l. discretis.* liceat: cui sensui maxime iura *Instit.* puta *d.§. quinimo.* repugnare videtur: Hinc ergo varias interpretationes DD. commenti sunt. Communiter n. *dict. §. quinimo.* de surdo muto per naturam intelligunt, vt testatus est *Ias. dict. l.discretis.num.1.* Quod plane absurdum est. Iason autem à Communi discedens, paganum iuxta distinctionem *d. leg. discretis.* testari posse: militem autem, & qui scribere nesciat, vel repudiata illa distinctione, testamenti faciendi ius habere putat: maxime quum milites & per notas r testamentum facere possint: *l.Lucius.43.infr.milit.testam.* Vt proinde verosimile sit, vel nutu, aut signis idem illi facere licere. Excipit autem *Vigl. d. §. quinimo.* à notis ad nutum collectionem non procedere: quod nutu nemo, nisi qui alias loqui potest, testetur, *l. nutu.22. infr. legat.3.* De cuius tamen textus sensu plenius videndi sunt *Ang. Aretin. in tract. de testam. glos.3. num.7. Carol. Mol.l.1.§. si quis ita.num.26. cum seqq. infr. verbor. obligat. Tiraq. de priuileg. piæ causæ priuileg.8. Couarr. c. cum tibi. num.3. extr. eod. Francisc. Mant. de coniect. vlt. vol. lib.8. tit.1. numer.19. & 34. Alphan. in collect a. numer.742 (qui omnino videndus) & quæ notantur infra numer.234. vers. si tamen testator.* Certe notas nihil cum nutu commune habere, patet ex iis, quæ luculente tradit *Molin. dict. l.1 §. eadem. num.12. cum seqq. infr. verb. obligat. Cuiac. lib.3. obseruat. cap.3.*

r Qui potest testari notis, ille & nutu recte testabitur.
Sed miles notis potest testari.
Ergo & nutu.

Quid notæ sint, nemo melius aut amplius explicuit [redacted] in loco præcitato. Viglius ea in re non satis fundatus fuit, vt apparet. Etsi autem [redacted] amplissime de sensu huius legis disputet: tamen perperam negat, speciale esse in milite, vt testamentum eius notis factum valeat. Nam certe hoc speciale est, vt post DD. rectissime docuit *Iacob. Cuiac. lib.3. obseruat. cap.3. per l.2. §. fin. infr. bonor. possess.* Notis scriptæ tabulæ, (inquit Paulus) non continentur edicto: quia notas literas non esse, Pedius *lib. 25. ad edictum* scribit.

scribit. Necesse tamen est, vt ante omnia constet, ita à milite factum esse testamentum. Nam solis notis non statur, vt rectissime [redacted] docet. Perpetuum enim iuris dogma est: Ante omnia oportere constare de substantia. Notis factum testamentum à milite, valet: si tamen ita factum sit. Oportet ergo ante omnia constare, ita factum esse. De signis etiam est *t ext. in proœmio ff. §. illud autem.* Omnino inspiciendus est [redacted], vbi docet, quid sint notæ, quid Notarii, & multa alia elegantia.

194 Verius ergo est, paganos constitutione Iustiniani hodię militibus esse exæquatos: quum *in Instit. suis Imper.* nihil noui iuris militibus concesserit: sed libris illis hoc tantum, quod antea obtinuit, & postea desuetudine inumbratum ab imperiali remedio illuminatum est, exposuerit, *§. igitur. in proœm. Instit.* Et hanc sententiam doctissimi interpretes, *Duaren. puta ad tit. n. hic. sub rubr. de his qui test am. fac. poss. §. sequitur aliud membrum. additio s ad d. l. si mutus. Vigl. locis præcitatis* sequuntur.

s Intelligo additionem, quæ est in editione Charondæ & Pacii.

Neque etiam hisce obstat, quod ante Iustinianum quoque mutus ex accidenti fideicommittere, *d. l. nutu.* ac proinde etiam testari potuerit, *l. t 2. infr. legat. 1.*

t Is fideicōmittere potest, q & testari.

Cui obiectioni quidem *Cuiac.* respondet *in d. l. 6. §. fin.* quod verba illa (nisi superueniens morbus impedimento ei sit) à Triboniano ex constitutione Iustiniani ad responsum Pauli addita fuerint. Quod admitti non potest: quum Iustinianus mutum ad testamenti factionem non admittat, nisi scribere possit, *d. l. discretis.* Vt proinde DD. Communiter censuerint, textum *d. l. nutu. per l. discretis.* correctum esse: *Alphan. in collect. num. 742. ad fin. Ang. in tract. de testam. gl. 14. num. 1.*

Sed ante Iustinianum mutus ex accidenti potuit fideicommittere, *d. l. nutu.*

Ergo & testari. Et per consequens, alius est iuris ff. sensus, neque Iustinianus primum *in d. l. discretis.* induxit, vt talis testari posset.

195 Probabilius est casum *d. l. nutu.* à dispositione *d. l. 2.* exceptum & comprehensum non fuisse: sed fideicom. etiam ante Iustinianum iuxta *d. l. nutu.* relinqui potuisse: si scilicet concurreret capacitas loquendi in disponente, & ex verbis pręcedentibus eius Voluntas colligi potuisset: is autem in ipso actu morbi vehementia loquendi facultatem amisisset. Talis enim dispositio subsistere potuit: quum suggesta non esset, & de disponentis Voluntate constaret ex præcedente declaratione & nutu subsequente: quod in fideicommissis satis esse potuit.

Porro ex constitutione Iustiniani surdus, mutus ita natus testari nullo modo potest, *d. l. discretis. Dilect. de arte testandi. tit. 1. cautel. 9. Paris. cons. 63. num. 15. lib. 4.*

Amplia 1. Si miles sit, per prædicta, vt recte *Ias. dict. l. discretis. num. 1. & Duaren. Vigl. atque Hotoman. locis præcitatis* tenuere: vtcunque DD. Communiter dissenserint, quos male sequitur *Vasqu. de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 169.*

Amplia 2. Vt ne quidem ad pias causas testetur. Nam libertatis causam piam esse constat: *l. 1. §. sin autem vno. C. commun. seru. manumiss.* At surdus, mutus naturaliter libertatem dare non potest, *d. l. discretis. in princ. ibi Ias. num. 1. vers. secundo limita. Duaren. loco præcit. & plures alii relati per Tiraq. de priuileg. piæ causæ. priuileg. 9. vers. contrarium.* & hanc iure ciuili longe veriorem esse dicit *Vasq. de success. progress. lib. 1. § 1. num. 176.*

196 Et licet crebriore calculo DD. distinxerint, Vtrum in muto surdo naturaliter signa intellectus appareant, nec ne, ita quidem, vt priori casu aliqui senserint, prohibitioni huius textus per ius Canonicum esse derogatum: quo cautum sit, quod in dispositione ad pias causas attendatur non prohibitio iuris ciuilis, sed naturalis, vel diuini, aut Canonici: vt post alios tenuit *Alexan. d. l. discretis. num. 4. & plures in id relati per Tiraquell. loco præcit. Schurf. consil. 31. num. 9. cent. 1.* Aliqui autem ius Canonicum in suo foro, ius ciuile

ciuile in suo obtinere debere contenderint: *vt Vasqu. d. §. 1. num. 173. cum seqq.* Verius tamen est, hæc omnia nihil ad rem pertinere. Non enim quærimus, quid surdus, mutus à natura intelligat: sed quomodo ab aliis Voluntas eius percipi queat, u *Vigl. in d. §. quinimo. nu. 2. Instit. milit. testam.* Atqui ante omnia de testatoris Voluntate certissime ipsis testibus constare debet, *l. diuus 25. infr. milit. test.*

u Summa omnium hæc est: licet surdus, mutus intellectum habeat, illum tamen testari non posse: quum nullo concludenti & satis idoneo argumento de eius voluntate testib. constare possit.

Ergo etsi nutu fideicommissum relinqui possit, *d. l. nutu.* x *l. & in epistola. 22. C. fideicom.* Tamen hoc non de quolibet nutu verum est: sed ita demum procedit, quando de seria Voluntate disponendi congruis circumstantiis sufficienter apparet. Quare *d. l. nutu.* & capacitatem loquendi desiderat, nisi superueniens morbus impedimento sit, & in muto solum, qui per accidens mutus est, non in muto, surdo per naturam, loquitur. Quem textum eleganter exponit *Molin. d. §. si quis ita. num. 26. cum seqq.*

x Censent tamen *Dd. vt num. 194. monui*, textum *d. l. nutu.* hodie correctũ esse, *vide Angel. relatum ibi.*

DD. dicunt, testamentum ad pias causas nutu fieri posse. Quam veriorem & communiorem dicit *Tiraquell. de priuileg. piæ causæ. priuileg. 8. & Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 177.*

Ille multa fundamenta ad hanc sententiam probandam violenter pertrahit, quæ illuc non pertinent. Poterit autem illa sententia examinari ex iis, quæ *Molin. in loc. præcit.* doctissime disseruit: & ex materia suggesti testamenti, de quo infra videbitur.

Amplia 3. vt surdus mutus naturaliter, ne principe quidem dispensante, testetur, *Castr. in d. l. 6. §. fin. num. 2. & d. l. discretis. num. 2. ibi Ias. num. 1. vers. tertio limita. Vigl. d. §. quinimo. & d. §. item surdus. num. 3.* 197

Et licet post alios Angel. *in tract. de testam. in prin. num. 19.* atque *Duaren. loco præcit.* distinguendum putet, Vtrum surdus mutus intellectum habeat, & Voluntatem suam nutu declarare possit, necne: Idque pro constanti habendum, *Vasq. d. §. 1. num. 171.* contendat: vbi etiam mirabile exemplum proponit: Priorem tamen sententiam verissimam esse iudico. Tum per rationem in præcedenti ampliatione allegatam. Tum quod iam olim dispensatum non fuerit, nisi altero solum morbo quis laborasset, vt ex *d. l. si mutus. Vigl.* colligit *d. §. item surdus. num. 3.* Tum quod clarissimum sit, Imperatorem Iustinianum hanc materiam *in d. l. discretis.* ad plenum semel resoluere, & omnem dispensationis materiam, qua iam olim opus fuerat, in hac tractatione resecare voluisse.

At imperfecte hæc explicuisset, si surdo muto per naturam, aliquod iuris beneficium tribui posset.

Porro quid in surdo muto per accidens, aut surdo tantum, mutove iuris sit, ex *d. leg. discretis.* liquet. Hoc tantum obseruetur, quum iidem fideicommissum relinquere possint, qui & testari possunt: & hodie mutus testari nequeat, nisi scribendi facultate præditus sit: Quod proinde DD. existimarint textum *dict. l. nutu.* hodie constitutione Iustiniani sublatum esse, quatenus ab eo, qui loquendi facultatem amisit, fideicommissum nutu relinqui posse dicit. Et hanc communem esse *Alphan. loco præcitato* dixit. Vero autem similius esse arbitror, quod iam olim casus *d. l. nutu.* à regula *d. l. 2.* exceptus fuerit. 198

Regula iuris veteris de eo fuit, qui surdus aut mutus esset, antequam testaretur. Et facile admitto, quum ii tantum fideicommittere potuerint, qui & testari: si quis iam antea aut per naturam, aut casu mutus factus fuisset, ipsum fideicommittere non potuisse. At casus talis *in d. l. nutu.* non est: sed is textus loquitur in eo, qui loqui potest.

Ponderentur verba textus: Nutu etiam fideicommissum relinquitur, dummodo is nutu relinquat, qui & loqui potest, nisi superueniens morbus impedimento ei sit. Non loquitur de morbo, quo quis laborauit, antequam de fideicommisso curam cogni-

gnitionemque susciperet: sed loquitur de morbo superueniente, qui impedimento est ei, qui in actu disponendi versatur. Et sic ibi adfuit 1. Capacitas loquendi, vnde constitit de intentione disponentis. 2. Et morbus tantum superuenit, nō ante adfuit: Quare nutus sufficit. Quum igitur regula iuris Veteris (de surdo & muto testari non valentibus) ad morbum præcedentem ipsum testamentum pertinuerit: (Nam eius, qui inter dispositionem testamenti mutus efficiebatur, & sic decedebat, dispositio ex alio capite concidebat. Non quod mutus testari non posset: sed quod voluntas imperfecta esset.) Concludo casum hunc regula comprehensum non fuisse.

Hæc ergo, quæ huc vsque dicta sunt, pertinent ad *l.6.§.fin.& l.7.hoc tit.n.* Nunc accedemus ad *l.eius qui.8.in princip. hoc tit.n.*

199 IV. Hinc infero: quum is, qui ab hostibus captus est, seruus hostium fiat: eius, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecerit, non valere, quamuis redierit, *l.eius qui 8.in princ.ibi Bart. Castr.h.tit.n. Duaren.loco præcit. vers.ex his quæ diximus, sequitur Vasqu.de success. resolut.lib.1.§.3.num.20. vers.casus vndecimus.*

Declaratio *l.eius qui. 8. in princip. ibi Bart.hoc tit.n.*

Amplia I. Vt idem in iis sit, qui obsides dantur, *l.obsides.11.h.tit.n.* Quod verum est inter hostes, puta, in iis, qui dantur ab hostibus populo Romano, *gl. d.l.obsides.ibi Bart. Bald. Castr. Cuiac.& reliqui. Panorm.ad rubr. vers. Decimoquarto. extr.eod.tit. Rolandin.de testam.rubr.2.num.28.29.Petr.Greg.in synt. iur.part.3.lib.42.cap.8.num.7. Grass.§ testamentum. quæst.25.num.2.* Pro captiuis enim habentur. Ac si fides frangatur ab iis, puniuntur: ⁊vt merito q. pœnæ destinati ac dediti sub conditione dici possint: quemadmodum ex Dionysio Halicarnassæo & Liuio ostendit *Petr.Ærod.lib.2.Decret.tit.de capt. & postlim. reuers. Petr. Greg. in syntag. iur.part.2. lib.19. cap.13.per tot. & part.3.lib.24.cap.3.num.12. Bodin.lib.5.de republ.cap. vlt fol.617.* & horum bona in obsidione quæsita, vt captiuorum fere publicentur & in fiscum cogantur}, *l.Diuus.31.infr.iure fisci.* nisi eis populus Romanus aut testandi potestatem fecerit: *d.l.obsides* aut vsum togæ *a* permiserit, *l.sed si accepto.32.infr.iure fisci. Balduin.ad ll.12.tab. cap.10.lib.1. glos. in dict. l. obsides. ibi Cuiac. Duaren. ad tit.n.hic.sub rubr. qui testam. fac.poss. vers. lege Cornelia, &c.* Addit *gl.in d.l.obsides.* idem esse in iis, qui à Romanis hostibus *b* dati sint. Nam obsides captiuis iure comparantur, *d.l. Diuus.*

Expositio *l.obsides. 11.h.tit.n.*

⁊ Dionysius Halicarnass.*lib.6.* refert, trecentos obsides à Volscis P. Seruilio datos, vt eos Romã q. pignora fœderis adduceret. Hos trecentos (ait) a cōsule Appio Claudio in forū adductos, atq; spectāte populo, & approbante, virgis cæsos, securi percussos: eam ob caussam, q Volsci, rupto fœdere, bellum sine causa redintegrarent.

a De vestitu Romano & toga videatur *Gell.lib.7.c.12. Sigon.de antiq.iure Italiæ.lib.1.c.14. Petr.Greg.in syntagm iur.part.2. lib.9.c.19. & part.3.lib.47.cap.25.num.17.* Togata Gallia dicitur, quæ primum imperio populi Romani paruit: ac ciues moresque Romanos cum vsu togæ Romanæ prima accepit. Toga enim adeo fuit ciuium Romanorum propria, vt ne in prouinciis quidem sine ea iis esse liceret, *Sigon.loco præcit.fol 48. col.2.*

b Idem iudicandum de captiuo ab hostibus & obside. Quæ vera inter hostes. Hostes hodie sunt Christiani & Turcæ, alii non itē Ergo si Christiani bella inter se agitent, ea, quæ de captiuis & obsidib. dicta sunt, locum non habent.

Illatio quarta est de captiuis. Illi non testantur, quod serui hostium fiant. Idem est in iis, qui obsides dantur. Captiuis enim æquiparantur: quum quasi pœnæ destinati ac dediti sint eorum causa, qui eos dederunt. Vnde plerunque horum bona in obsidione quæsita, in fiscum coguntur. Dantur autem obsides iure gentium 1. ad soluendam inimicorum obsidionem, 2. & ad fœdera sancita firmanda, 3. vel in fidei pignus. Fideiussores enim vicem subeunt eorum, à quibus dati sunt.

Hinc sequitur Primo, si obsides aufugiant, eos grauiter & contra ius gentium peccare: & pignore pacis adempto, fœdera pacta violata intelligi, nisi restituantur. Ita Liuius *lib.5.decad.3.* refert: Tarentinorum obsides, quod Roma profugissent, è fuga retractos, Romæ virgis cæsos, & de Saxo Tarpeio esse præcipitatos. Idem Liuius *lib.2.decad.1.* memoriæ prodidit: Cœliam nobilem virginem, quam inter obsides rex Porsena acceperat, noctu aufugisse, & Tiberim ad suos traiecisse, eam per legatos repetitam regi esse remissam, quod pignore pacis violato, fœdus violatum videretur.

Hinc sequitur Secundo: Si illi fœdus, qui obsides dederunt, rumpant, obsides fideiussores pœnam luere. Ita trecentos Volscorum obsides Romæ virgis cæsos, & securi percussos, Dionysius refert.

Videantur de his Ærodius, Petr.Gregor.& Bodin.*libr.5.de republ.cap.vlt.fol.617.*

Decla-

Declara hanc ſententiam 1. in captis à latronibus: Hi enim liberi manent, *l. qui à latronibus. 13. h. tit. n. l. poſtlim. 19.* § *à piratis. infr. capt. & poſtlim. reuerſ.* c Quum latrones ab omni iuris communione, cuius euerſionem ipſi moliuntur, procul ſemoti ſint. Idque multis authoritatibus probat *Alber. Gentil. de legation. lib. 2. cap. 9. Bodin. de republ. lib. 1. cap. 1. in princ & lib. 5. cap. 6. fol. 603.* 200

c Serui fiunt captiuitate iuregẽtium, *§. serui. Institut. iure, perſ.* At latrones neque ciuilis, neque iuris gentium beneficiis gaudent. Neque enim beneficio legis dignus eſt, qui in legem committit.

Latrones ne beneficio quidem iuris gentium gaudent: ſed ab omni iuris communione penitus ſunt excluſi. Iuris enim beneficio indignus eſt, qui in legem committit.

Hæc ſententia declaratur 1. Nam iura noſtra depoſitum, pignus, commodatum etiam latroni reſtitui volunt: ac de poſſeſſione quantumuis vi deiectos reſtitui volunt, *l. ſi pignore. §. ſi prædo hominis. ſupra pignor. act. l. 1. § ſi prædo. & l. bona fides. ſupra depoſiti.* Vnde *Hotoman.* exiſtimat, cum latronibus eſſe communionem iuris gentium. Sed ad hæc reſpondet *Bodin. d. lib. 1. c. 1.* Aliam reſponſionem tradit *Gentil. loco præcit.*

2. Hæc declaranda ſunt, vt non procedant in latronibus, qui ſe iuri ſiſtunt. Latronum enim, qui vocati, vel inuocati in ius veniunt, & magiſtratuum imperia ſponte ſubeunt, rationem in iudiciis haberi æquum eſt: quum eo ipſo deſierint eſſe latrones. Ita Coracotæ latroni, qui ſeipſum Auguſto obtulerat, & precium propoſitum ei, qui illum ſiſteret, popoſcerat, Cæſar ignouit & pactum præmium dedit, *Bodin. d. lib. 1. c. 1. Idem lib. 5 c. 6. fol. 604.*

Declara 3. Nam latronibus fides non eſt danda: cæterum ſi detur à Magiſtratu ſalua dignitate, violari non poteſt.

Aliud eſt, ſi quis à piratis aut latronibus Turcarum aliorumve hoſtium populi Romani capiatur, vt deducit *Sim. de Præt. de interpr. vlt. vol. lib. 3. interpr. 1. dub. 4. fol. 3. num. 4. cum ſeqq.*

Declara 2. Nam quum hoſtes illi tantum habeantur, quibus bellum publice populus Romanus decreuit, vel qui populo Romano, cæteri latrones vel prædones ſint: *l. hoſtes. 24. infr. capt. & poſtlim. reuerſ. l. hoſtes. 118. infr. verb. ſignif.* Et non modo Antonini conſtitutione omnes, qui in orbe Romano ſunt, ciues Romani effecti ſunt: *Alciat. d. l. hoſtes. n. 3. infr. verb. ſign.* Verum etiam vniuerſa in toto orbe Chriſtianorum Eccleſia, communis quædam reſpublica & ciuitas eſſe intelligatur: *Duaren. loc. præcit. verſ. ex his quæ diximus ſequitur.* Hinc ergo deducitur: Quum iam olim in ciuilibus diſſenſionibus, qui inter ſe contendebant, neq; hoſtes eſſent, neq; inter eos iura captiuitatum atq; poſtliminii obtinerent: *l. ſi quis ingenuam 21. § fin. infr. capt. & poſtlim. reuerſ.* Quod proinde diſpoſitio *l. noſtræ.* hodie tantũ vſum habeat aduerſus Turcas & alios infideles, non inter Chriſtianos, quorum omnia bella aut ciuilia, aut latrocinia ſunt. Vt proinde antiquiſſima conſuetudine capti libertatem non amittant, ſed præſtita victori pecunia, (quam λύτρον dicimus) veniam recedendi impetrant. Quæ communis omnium traditio eſt, *DD. in d. l. eius qui. Alciat. & Duaren loco præcitato. DD. in d. §. eius qui apud hoſtes. ibi Vigl. num. 2.* 201

Declara 3. Nam qui apud extraneos legatione funguntur, poſſunt facere teſtamentum, etiamſi detinerentur, *d. l. qui à latronibus. ibi Bart. num. 3. Bald. num. 2.* Etſi enim bello exardeſcente, qui apud hoſtes deprehenduntur, ſerui fiant: tamen aliud eſt in legatis, qui iure gentium liberi permanent, & ſancti habentur atque inuiolabiles. Ergo etſi caperentur, id illis fraudi non eſſet, quando iure gentium iniuſta ſeruitus ſit, *Bart. loco præcitato. l. fin. infr. de legation. Alberic. Gentil. de legation. lib. 2. cap. 1. & 13. Forcatul. Dialog. 1. num. 3. & ſeqq. Cuiac. lib. 11. obſeruat. cap. 5.* Porro quibus caſibus textus *d. l. fin.* limitetur, cognoſci poteſt ex traditis per *Alberic. Gentil. lib. 2. de legation. c. 3. vſque ad cap. 12. & cap. 18. 19. 20. 21. & Bodin. de republ. lib. 1. c. 6 fol. 64. & lib. 5. cap. vlt. fol. 619.* 202

Declara

Declara 4. Vt in §. *eius qui. verſ. ſed quid dum in ciuitate. Inſtitut. quib. non eſt permiſſ. fac teſt.*

Declara 5. In codicillis factis in captiuitate. Nam ſi teſtamentum iam ante captiuitatem fecerit, & deinde poſtliminio reuerſus ſit, non minus codicilli quam teſtamentum viribus ſubſiſtunt, *l. in bello. 12. §. codicill. infr. capt. & poſtlim. reuerſ.* Quum pars quædam ſint & acceſſio ſeu ſequela teſtamenti. Ergo quæcunque in codicillis ſcribuntur, perinde habentur, ac ſi in teſtamentis ſcripta eſſent, *l. 2. § codicillorum. infr. iure codicill. gloſſ. Bart. & cæteri d. l. eius qui. Duaren. loc. præcit.* Aliud ſi in captiuitate decedat. *l. quædam. 7. infr. iur. codicill.* Quem textum ſic intelligit *Bart. d. l. eius qui.*

203 Declara 6. Nam ex Nouella Leonis 40. captiui teſtamenti factionem habent, *Petr. Greg. d. lib. 42. cap. 8. num. 7.*

Sequitur nunc illatio quinta: quod teſtari nequeant illi, qui maximam aut mediam capitis diminutionem paſſi ſunt: ibi declaranda erunt hæc iura: *l. eius qui. 8. §. fin. l. ſi quis poſt accuſationem. 9. l. qui à latronibus. 13. §. fin. h. tit. n. l. 2. C. qui teſtam. fac. poſſ. Auth. ſed hodie. C. donat. int. vir. & vxor. materia tit. ff. & C. de bon. damnat. & maxime Auth. ibi, ſed nouo iure. item, materia tit. ff. & C. de bon. eor. qui ante ſent. ſibi mort. conſciuer.*

204 V. Hinc infertur, maximam aut mediam capitis diminutionem paſſos, teſtari non poſſe, *l. eius qui. 8. § fin. h. tit. n.* Ex quo textu ratio decidendi triplex colligitur, *Vaſq. de ſucceſſ. reſol. lib. 1. §. 3. num. 26.* Declaratio *l. eius qui. 8. §. fin. h. t. n. vſq. ad num. 215.*

Ex hac illatione quinta ſequitur I. ad mortem damnatos: quum ciuitatem & libertatem & bona amittant, adeoque pœnæ ſerui efficiantur, teſtari non poſſe, *dict. l. eius qui. §. fin. leg. ſi quis filio exhæredato. 6. §. irritum. infr. iniuſt. rup. & irrit. teſtam. leg. qui vltim. 29. infr. de pœnis. Ang. Aretin. in tract. de teſtament. in princip. num. 21. Vaſqu. de ſucceſſ. reſolut. lib. 1. §. 3. num. 24. Guilhel. Benedict. rep. cap. Raynutius. verb. mortuo itaque teſtatore. el 1. num. 87. vſque 147. Iul. Clar. d. §. teſtament. quæſt. 21 Vaſq de ſucceſſ. progreſſ. lib. 1. §. 1. num. 160. Andr. Gail. de pace publica lib. 1. cap. 19. num. 8. Graſſ §. teſtament. q. 26.* Quibus in locis hæc illatio multis modis extenditur.

Ad hanc illationem primam *Socin. reg. 107.* octo & *Benedict. loco relato nu. 147. vſque 277.* duodecim fallentias tradit, adde caſum, ſi quis condemnetur, à non ſuo iudice, *Angel. Aretin. in tract. de teſtam. in prin. nu. 26.*

205 Porro duodecima fallentia Benedictus materiam *l. qui à latronibus. 13. §. fin. h. tit. n.* exponit. Si enim aliquis in capitali crimine damnatus appellauerit: & medio tempore, pendente appellatione, fecerit teſtamentum, & ita deceſſerit: valet eius teſtamentum, *d. §. fin. ibi Bart. Caſtr. & reliqui. Caſtr. d. l. eius qui. §. ſi cui. num. 2. Caſtr. in l. ſi quis. num. 1. h. tit. n. Couarr. pract. quæſt. cap. 23. num. 2. Vaſq. de ſucceſſ. reſolut. lib. 1. §. 3. num. 52. Gail. de pace publica lib. 1. cap. 19. n. 8. verſ. tertio ſi ſententia. & cap. 20. nu. 3.* Eſtque decidendi ratio, quod per appellationem extinguatur pronunciatum: *l. 1. § fin. infr. ad SC. Turpill gl. in d. l. qui à latronibus. § fin. verb. appellauerit. ibi Bald. n. 2. & Caſtr. n. 4.* (dicens hanc veritatem, niſi appellatio deſeratur.) Et proinde appellans in eum ſtatum reponatur, in quo erat ante ſententiam. Quo fit, vt in ſtatu integro & ciuis teſtamenti factionem habens decedat: quum de crimine accuſatus ante ſententiā teſtari poſſit, *l. ſi quis. 9. h tit. n. Caſtr. d. §. ſi quis. nu. 1.* At morte ſoluuntur crimina: *c. quorundam. ibi gl. 23. diſtinct. c. 1. 24. q. 2. l. defuncto 6. infr. public. iudiciis. l. aut priuati. 10. infr. ad SC. Turpil. l. in ſenatuſconſ. 15. § ſi propter. infr. eod. l. crimen. 26. infr. pœnis. l. ex iudiciorū. 20. l. libellorum. 3. §. fin. l. Diui fratres. 19. infr. accuſat. l. fin. C. ſi reus vel accuſ. mort. fuer.* Et per mortem eximitur Reus foro iudicis, & efficitur de foro Dei, ſoluitur & inſtantia, *L. qui à latronib. 13. § fin. h. tit. declaratur.*

Sebastian. Medic. in tract. mors omnia soluit. part. 2. conclus. 2. & conclus. 32. Ergo bona ad hæredes pertinent. *Benedict. d. verb. mortuo itaq; testatore. num. 270. 271. Menoch. de arbitr. iudic. libr. 2. centur. 3. casu 285. num. 1. Gail. de pace public. libr. 1. cap. 19. num. 5. & sequentib. & cap. 20. per tot.* Et idem iuris est, si Reus post sententiam, intra tamen decendium appellationi præstitutum, moriatur. Nam tempus post interiectam appellationem, & tempus decem dierum ad appellandum, quo ad fauorem Rei parificantur: Quum vt pendente appellatione, ita etiam pendente tempore ad appellandum, nihil innouandum sit, etiam in criminalibus, *gloss. leg. ex iudiciorum 20. verb. secuta. ibi Bart. num. 1.* Quam interpretes ibi singularem, & alibi non esse testantur, *infr. accusat. cap. non solum. 7. de appellat. in 6. Castr. ind. leg. si quis. num. 1. Bald. in d. l. qui à latronibus. §. si quis. num. 3. ibi Castr. nu. 2. Couarr. pract. qq. cap. 23. num. 2. Bened. d. verb. mortuo itaque testatore. nu. 175. & latissime Robert. Lancell. de attentatis part. 2. cap. 11. nu. 20. cum multis seqq. maxime num. 25.*

Hanc duodecimam fallentiam, & proinde materiam *d. l. qui à latroni-* 206
bus. § fin. sublimita 1. Nam crimina morte solum quo ad personam seu statum, & pœnam corporalem: nō autem quo ad bona extinguuntur, si fuerint expresse per sententiam confiscata: sed quæstio bonorum remanet sub iudice contentioso. Ergo hæredes appellare debent, *gl. d. l. ex iudiciorum.* quæ inter bona expressim & tacite adempta distinguit. Et licet *Bart. ibi* sine distinctione pertransire videatur: tamen eius doctrinam secundum eandem distinctionem accipit *Bald. in d. § si quis. num. 3. gl. in d. l. qui à latronibus. §. fin. verb. valet. in fin. ibi Bart. num. 3. 4. & 5. ibi Castr. num. 6. & reliqui. Bened. in loco relato. num. 271. Gail. d. cap. 20.* qui hæc exemplificat in pœna banni pecuniaria, & damnis atq; expensis, vbi *num. 17.* addit, omnem pœnam, quæ ipso iure infertur, ad hæredem transire.

Sublimita 2. In omnibus illis casibus, in quibus crimen non extingui- 207
tur: De quibus est *gloss. in d. §. fin. verb. valet. ibi Bart. num. 2. Castren. num. 6. gloss. d. l. ex iudiciorum. verb. maiestatis. Duaren. ad tit. n. h. versic. nunc videndum est de iis. Gail. d. cap. 19. num. 10. 13. & 17. & cap. 20. num 7. cum seqq.* Nam sententia lata hæredibus nocet, nisi appellatione interposita, vincant, *Benedict. loco relato. num. 174.*

Talia crimina sunt.

1. Crimen perduellionis & læsæ maiestatis, *l. ex iudiciorum 20. ibi glos. Bart. & DD. infr. accusat. Auth. bona damnatorum. C. bon. damn. leg. quisquis. 5. C. ad leg. Iul. maiest. Spec. dict. §. compendiose. num. 5. Bart. leg. 4. ibi Bald. num. 4. Panorm. ad dict. rubr. vers. decimosexto. Philip. Franc. d. rubr. vers. decimotertio prohibetur testari. Rolandin. dict. rubr. 2. num. 33. Clar. in prax. crimin. §. læsæ maiestatis. num. 9. Vasqu. de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 165. Gail. locis præcitatis.* Et plura *ad d. leg. quisquis.* videantur *apud Couar. clem. si furiosus. de homicid. in 2. part. init. nu. 7. Cont. lib. 2. subseciu. lect. cap. 20. Mynsin. obseru. 3. cent. 3. Alphan. in report. num. 233. ibi Delrio in remiss. pag. 225. Bodin. de republ. lib. 2. cap. 5. lib. 5. cap. 3. Hartm. Pistor. lib. 2. quæst. 16. num. 17. Sebast. Medic. in tract. mors omnia soluit. part. 3. num. 65. Ruin. cons. 3. num. 12. lib. 5. Paris. cons. 60. num. 164. & 171. lib. 3. Alciat. cons. 9. num. 2. & cons. 19. num. 18. lib. 7. Rolan. à Vall. cons. 1. num. 20. cons. 12. num. 60. & cons. 74. lib. 3. consil. 15. num. 6. cons. 16. num. 15. lib. 4. Menoch. cons. 99. num. 72. & num. 167. lib. 1.*

2. Crimen repetundarum *d. l. ex iudiciorum. ibi gl.*

3. & 4. Crimen peculatus & de residuis, *l. 3. infr. ad l. Iul. pecul. iunct. l. fin. infr. eod. gl. d. l. ex iudiciorum. Medic. d. part. 3. num. 66.*

5. Crimen

5. Crimen hæreseos, *l. 4. C. hæret. & Manich. gl. d. l. ex iudiciorum. Medic. loco præcit. num. 64.* & infra illatione 12. DEO volente dicetur.

6. Crimen apostasias, *l. 2. C. apostat. gl. d. l. ex iudiciorum. Medic. loco relato, num. 64.*

7. Casus est *in l. Lucius. 9. infr. iure fisci.* vbi non ob crimen, sed scelere parta confiscantur. Nam si ob crimen, omnia bona in fiscum referrentur, *Bart. d. l. ex iudiciorum. num. 3.*

8. Crimen desertæ militiæ, *l. 4. C. de re milit. lib. 12.*

9. Manus sibi inferens, conscientia criminis: Quod limitatione 14. expono.

Et licet aliquibus visum sit, textum *d. l. qui à latronibus. §. fin.* tantum in crimine læsæ maiestatis & repetundarum, aut si aliquis sibi mortem consciscat, non autem in aliis casibus præcitatis limitari: Tamen aliud gl. sequitur *in d. l. ex iudiciorum. ibi Bart. num. 3.* & hanc veriorem dicit *Bart. in d. §. fin. num. 2. vbi etiam sequitur Castr.*

In contrarium vrget textus *Auth. bona. C. bon. damnat.* Vbi tantum vnus casus ponitur, in quo bona hodie confiscantur. Sed is casus non tollit casus singulares iuris veteris.

108 Sublimita 3. Nam hodie in Imperio in criminalibus de consuetudine nullæ appellationes admittuntur, sed statim executio fit, *ordinat. Cameræ, part. 2. tit. 28. vers.* **Item / nach deme / 2c.** *Mynsing. obser. 41. 42. cent. 4. Ludolph. Schrad. cons. 40. nu. 81. Tom. 1. cons. var.*

Quod amplia, vt etiam procedat, **Wann nach geendigter peinlichkeit vber erlittenen kosten / schmehe vnd schäden bürgerlich vnd** ciuiliter **geklagt wird.** Nam & hoc casu remedia suspensiua exclusa sunt, textus est **in deß Reichs peinlicher Halßgerichts ordnung.** *cap. 12.*

Hæc tamen doctrina, quod sententia in causa criminali lata hodie ilico sit executioni mandanda, declaratur duobus modis per *Mynsing. d. obseruat. 41. 42.* quos ille annotauit ad præcitatam ordinationem Cameræ. Deinde hanc eandem sententiam multis modis declarat *gloss. in can. cum quid. verb. animaduersione. 11. quæst. 3.* Et decem casus annnotauit *Benedict. loco præcit. num. 268. cum seqq.* licet decimus casus huc non pertineat. Quatuor casus ponit *Gail. de pace publica d. c. 19. num. 8.*

Iudex sententiam non exequitur in ciuilibus ante decendium. At in criminalibus ex consuetudine Imperii statim executio facienda. *can. sicut. 2. quæst. 1. leg. cum reis. 18. C. de pœnis.*

Hæc sententia vltra ea, quæ Dominus Mynsingerus ex constitutione Imperii adfert, 10. modis limitatur, qui videri possunt apud Benedict. &c.

Primus casus est, si princeps tulerit sententiam per iracundiam. Nam eius præceptum statim exequendum non est. Hæc est singularis illa constitutio Theodosii, quam Ambrosio suadente, publicauit, *leg. si vindicari 20. C. pœnis.* De cuius sensu videatur *Historia Tripartita lib. 9. cap. 30. & 32. Niceph. lib. 1. cap. 17. Bucholtzerus in Chronologia circa Annum Christi 390. Cuspinianus in vita Theodosii. Hospinianus de origin. templor. lib. 2. cap. 1. Bodin. de republ. lib. 3. cap. 4. fol. 290. Menoch. de arbitr. iud. lib. 2. centuria 4. casu 334. num. 6. Cuiac. lib. 5. obseruat. c. 9. & vltra DD. nostros videatur Alphan. in reportat. num. 507. Delrio in remißion. pag. 229.*

Pertinet hæc insignis materia ad superiorum Magistratuum iussa iniqua, quid Magistratui inferiori sit faciendum.

2. Fallentia est de prægnante.

3. Est de sententia lata in seruum. Nam suspenditur sententia, donec reddiderit rationes, *l. 1. C. bon. proscript.* Hoc vult textus, suspendi sententiam, vbi agitur de tertii præiudicio. Hanc materiam habui in causa grauissima inter principem & rempublicam.

4. Nil habet, quod ad forum nostrum hodie pertineat.

5. Complectitur materiam *l. ad bestias. 31. infr. pœnis.* Ad quam videbitis *Alciat. lib. 2. παρέργ. c. 28. Petr. à Placa, in epitome delict. lib. 1. c. 33. num. 4. Rauard. lib. 2. ambiguit. c. 14. Couarr. lib. 2. var. resol. c. 9. num. 6. Bodin. de republ. lib. 1. c. 5. fol. 40. & c. 9. fol. 121. Idem lib. 2. c. 2. fol. 190. Horat. Luc. de priuileg. scholar. priuileg. 83.*

6. 7. Perspicuæ sunt.

8. Fallentia nota est. Differtur executio, quando damnatus per puellam petitur in maritum, fauore matrimonii. Vide Benedictum ibi. Aliam huius decisionis rationem mirificam tradit Lancellot. Gall. *de statut. verb. vxori. qu. 4. num. 78.*

9. Agit de priuilegiis Cardinalium. *Coras. lib. epistol. qq. cap. 8.*

10. Decima est, quod sententia criminalis statim mittatur executioni, nisi appelletur.

Vltra Benedictum 13. limita. Nam aliquibus visum est, hodie damnatos ad mortem iure nouo testamenti factionem habere. Quum neque serui pœnæ efficiantur: *Auth. sed hodie. C. donat. int. vir. & vxor.* neque ipsorum bona publicentur: *auth. bona damnatorum. C. bon. damnat.* Tamen & Communis sententia *Vasq. de success. resol. lib. 1. §. 3. nu. 34. vers. contrarium.* & veritas in contrarium est. 209

Tum (1) quod probabilius sit *d. auth. sed hodie.* loqui in iis, qui post sententiam viui remanere debent, *Bart. d. l. eius qui. § si cui. n. 1.* dicens hanc veram, *Castr. num. 9. Bald. num. 4. Castr. cons. 439. num. 1. Dec. & Cagnol. in l. seruitutem. infr. reg. iur. Vasq. loco relato. num. 27.*

Tum (2) quod textus *d. l. eius qui. §. si cui. cum iuribus præcitatis, volentibus damnatos ad mortem testari non posse*, non corrigatur per *auth. bona damnatorum. C. bon. damnat.* vt *Bart. ibi ante num.* recte docuit. Nam etsi hodie iure nouissimo damnati ad mortem non perdant bona, nec ea fisco applicentur: *per. d. auth. bona damnatorũ.* nisi in criminibus exceptis, sed remaneant damnati hæredibus: id tamen intelligitur de hæredibus legitimis & ab intestato, & non ex testamento. Neq; absurdum est legitimos aliquem hæredes habere, qui tamen testari nequeat, vt de furioso, mente capto, pupillo, filiofamilias constat, *Bened. d. verb. mortuo testatore. num. 122. 123.*

Tum (3) quod triplex ratio sit, cur damnati ad mortẽ testari nequeant, puta, quod amittant libertatem, ciuitatem, bona. *Vasq. de success. resolut. lib. 1. §. 3. n. 26.* Ergo vt maxime largiri vellemus, damnatum & libertatem atque bona retinere: Tamen militaret alia ratio, *Bart. d. §. si cui. ante num. ibi Castr. num. 10.*

Hoc tamen constat, consuetudine induci posse, vt ad mortem damnati testentur. Quæ est fallentia Socini prima *in d. reg. 107.*

Quinimo *Castr. in d. § si cui. num. 9.* dicit, de facto hodie seruari, quod testamentorum confectiones damnatis ad mortem permittantur. Et in eandem sententiam Hispanicam legem refert *Vasq. de success. progress. lib. 1. § 2. num. 11.* Idemque *constitut. Saxon. part. 3. cap. 6.* cautum est. Cui porro consectarium est, quod hodie damnati ad mortem regulariter libertatẽ, ciuitatẽ & bona retineant: & istis in locis, vbi damnatis testamenti factio permissa est, textus *dict. §. si cui. cum similib. iurib.* correctus sit, *Vasqu. loco præcitato. num. 34.*

14. Limita in accusato tantum. Si enim quis post accusationem in custodia fuerit defunctus indemnatus, testamentum eius valebit, *leg. si quis post accusationem. 9. hoc tit. n.* Quia non modo crimina, sed etiam instantia morte finitur, *dict. l. defuncto. infr. publ. indic. l. 1. pen. & fin. C. si reus vel accus. mort. fuer. leg. crimen. 26. infr. pœnis.* Quo fit, vt, qui ante sententiam moritur, 210

moritur, ciuis Romanus decessisse intelligatur, *l.1.§. hi quibus.infr.legat.3.l.fin.* d *infr.ad l. Iul. maiest. DD.d.l.si quis.ibi Castr.num.1.* Ergo quum Caius Licinius illustris ingenii orator repetundarum Reus, videret Ciceronem prætorem, quæstionis prætextam induere, damnationis sententiam laturum, misit ad eum, qui diceret, se in reatu periisse, ac spectantibus iudicibus, sudario ore & faucibus coarctatis, spiritũ præclusit, vt se ipsum condemnationis infamiæ eximeret, & liberos furtis ac rapinis ditaret. *Valer. lib.9.tit.de morte non vulgari. Bened.d.verb. mortuo itaque testatore. num.45. Bodin. de republ. lib.5.cap.3.fol.538.* Nondum enim latæ erant leges aduersus eos, qui ante sententiam sibi mortem consciuissent. Ac multo post ii, qui ex animi dolore, aut sceleratæ vitæ conscientia, e aut pœnarum acerbiorum metu sibi manus attulissent, sepultura fruebantur. Quin etiam Tiberii adhuc principatu testamenta talium rata erant, vt ex aliis docet *Bodin. loco præcit.*

d Ad hunc textum videatur Delrio *in remiss.pag.152. Bodin. de republ lib.1.cap.10. fol.152.& lib.2.cap.5. fol.210. libr.5. cap.3. fol.538. Alciat. consil. 19.n.4. libr.7. Rol.à Vall.consil.2. num.19. libr.3. Menoch consil. 99.nu.57.58.71. lib.1.*

e An bona eius publicetur, qui se occidit post delictũ, ante tamen accusationem, tradit *Ang. Aretin. de testament. in princ.num.24.*

Porro textum *d.l.si quis. Ang. Aretin.in tract. de testam.in pr.* remissiue nouem, *& Gail.d.cap.19.num.10.& seqq.& cap.20.nu.7.& seqq.* multis modis [redacted]olimitat. Et ad decisionem quam ille *d.cap.19. num.9.& cap.20. num.12.* tradit, quod testamentum eius irritetur, qui conscientia criminis sibi ipsi mortem consciuit: Addendæ sunt amplissimæ commentationes *Guilh. Bened.d. verb.mortuo itaque testatore.num.41. vsque 87. Philip. Franc.ad d. rubr. versic. decimoquarto prohibetur. Vasqu.de success.progress.lib.1.§.1.num.160. Clar. in praxi criminal.§.fin.quæst.68.num.37. Menoch.de arbit.iud.lib.2.cent.3.cas.284. per tot.& Bodin. loco relato. Anchor.lib.2.q.22.per tot. Rolan. à Vall. cons.20.per tot. lib.3.* vbi materia duorum tit. ff. & C. *de bon. eor. qui mort. sibi consciu. & l.2. C. qui test.fac.poss.* vbertim declaratur.

211 Ex hac illatione quinta sequitur 2. eos, quibus aqua & igni interdictum est, & deportatos testamenti faciendi ius non habere, *d. §.si cui.* f *Ang. Aretin.in tract.de testam.in prin.num.28.*

f Rationem decidendi triplicẽ proponit *Vasqu. de success. resolut. libr.1. §.3. num.16.*

Porro quibus commercium societasque hominum & ne quis eos vrbe, mensa, tecto aut lare reciperet, apud Romanos vetabatur, illi aquæ & ignis interdictionis pœna affecti dicebantur. Quũ enim hæ duæ res* humanam maxime vitam contineant: Hinc factum, vt more loquendi vsitato veteribus aquæ & ignis acceptione omnium rerum communicatio, & vice mutua ignis & aquæ interdictione omnium rerum priuatio significaretur, quemadmodum ex Festo, Lactantio, & aliis hanc rem explicant *Hotoman. in libro singulari, de veteri nuptiarum ritu, cap.17. Vacon. lib.1. declaratio.18. vbi bona additio. Petr. Greg. in syntag.iur.part.3.lib.31.cap.3.num.18.* Huic successit deportatio, *leg.3. infr. ad l. Iul.pecul.l.5. vers.consumitur. infr. var.& extraord.cognit. Clar.in praxi crim.quæst.67.num.6. Ant. Vacca in l. Imperator.supr.statu hom. Briss.lib.5.formul fol.539. vers.post oppressam. Petr.Greg. loco præcitato.cap.6.nu.7.* Quum enim olim aqua & igni interdictis huc illuc vagandi libera facultas fuisset: postea Augusti lege insula concludi cœperunt, *Cuiac.lib.6.obser.c.39.additio ad Vacon. loco præcitato.* Hæc pœna iam olim apud priscos Romanos omnium grauissima fuit: quum capitalis criminis rei tecti tantummodo & aquæ atque ignis interdictione damnarentur, id est, à ciuili societate exclusi pro mortuis essent. Quamdiu enim hac ratione humana audacia cohiberi potuit, maiore animaduersione opus non fuit, *Vacon. dict. cap.18. num.7. Petr. Gregor.loc.præcit. cap.3. num.18.* Retinent autem deportati ea, quæ sunt iuris gentium, vt libertatem: amittunt ea, quę sunt iuris ciuilis, *l.5.inf.bon.damnat.§.quidam sunt.17.infr.pœnis.*

* Vide Lactantium *libr.2. diuin.institut. cap.9.*

4. Nil habet, quod ad forum nostrum hodie pertineat.

5. Complectitur materiam *l. ad bestias. 31. infr. pœnis.* Ad quam videbitis *Alciat. lib. 2. παρέργ. c. 28. Petr. à Placa, in epitome delict. lib. 1. c. 33. num. 4. Rauard. lib. 2. ambiguit. c. 14. Couarr. lib. 2. var. resol. c. 9. num. 6. Bodin. de republ. lib. 1. c. 5. fol. 40. & c. 9. fol. 121. Idem lib. 2. c. 2. fol. 190. Horat. Luc. de priuileg. scholar. priuileg. 83.*

6. 7. Perspicuæ sunt.

8. Fallentia nota est. Differtur executio, quando damnatus per puellam petitur in maritum, fauore matrimonii. Vide Benedictum ibi. Aliam huius decisionis rationem mirificam tradit Lancellot. Gall. *de statut. verb. vxori. qu. 4. num. 78.*

9. Agit de priuilegiis Cardinalium. *Coras. lib. epistol. qq. cap. 8.*

10. Decima est, quod sententia criminalis statim mittatur executioni, nisi appelletur.

Vltra Benedictum 13. limita. Nam aliquibus visum est, hodie damnatos ad mortem iure nouo testamenti factionem habere. Quum neque serui pœnæ efficiantur: *Auth. sed hodie. C. donat. int. vir. & vxor.* neque ipsorum bona publicentur: *auth. bona damnatorum. C. bon. damnat.* Tamen & Communis sententia *Vasq. de success. resol. lib. 1. §. 3. nu. 34. vers. contrarium.* & veritas in contrarium est. 209

Tum (1) quod probabilius sit *d. auth. sed hodie.* loqui in iis, qui post sententiam viui remanere debent, *Bart. d. l. eius qui. § si cui. n. 1.* dicens hanc veram, *Castr. num. 9. Bald. num. 4. Castr. cons. 439. num. 1. Dec. & Cagnol. in l. seruitutem. infr. reg. iur. Vasq. loco relato. num. 27.*

Tum (2) quod textus *d. l. eius qui. §. si cui. cum iuribus præcitatis, volentibus damnatos ad mortem testari non posse,* non corrigatur per *auth. bona damnatorum. C. bon. damnat.* vt *Bart. ibi ante num.* recte docuit. Nam etsi hodie iure nouissimo damnati ad mortem non perdant bona, nec ea fisco applicentur: *per. d. auth. bona damnatorũ.* nisi in criminibus exceptis, sed remaneant damnati hæredibus: id tamen intelligitur de hæredibus legitimis & ab intestato, & non ex testamento. Neq; absurdum est legitimos aliquem hæredes habere, qui tamen testari nequeat, vt de furioso, mente capto, pupillo, filiofamilias constat, *Bened. d. verb. mortuo testatore. num. 122. 123.*

Tum (3) quod triplex ratio sit, cur damnati ad mortẽ testari nequeant, puta, quod amittant libertatem, ciuitatem, bona. *Vasq. de success. resolut. lib. 1. §. 3. n. 26.* Ergo vt maxime largiri vellemus, damnatum & libertatem atque bona retinere: Tamen militaret alia ratio, *Bart. d. §. si cui. ante num. ibi Castr. num. 10.*

Hoc tamen constat, consuetudine induci posse, vt ad mortem damnati testentur. Quæ est fallentia Socini prima *in d. reg. 107.*

Quinimo *Castr. in d. § si cui. num. 9.* dicit, de facto hodie seruari, quod testamentorum confectiones damnatis ad mortem permittantur. Et in eandem sententiam Hispanicam legem refert *Vasq. de success. progress. lib. 1. § 2. num. 11.* Idemque *constitut. Saxon. part. 3. cap. 6.* cautum est. Cui porro consectarium est, quod hodie damnati ad mortem regulariter libertatẽ, ciuitatẽ & bona retineant: & istis in locis, vbi damnatis testamenti factio permissa est, textus *dict. §. si cui. cum similib. iurib.* correctus sit, *Vasqu. loco præcitato. num. 34.*

14. Limita in accusato tantum. Si enim quis post accusationem in custodia fuerit defunctus indemnatus, testamentum eius valebit, *leg. si quis post accusationem. 9. hoc tit. n.* Quia non modo crimina, sed etiam instantia morte finitur, *dict. l. defuncto. infr. publ. indic. l. 1. pen. & fin. C. si reus vel accus. mort. fuer. leg. crimen. 26. infr. pœnis.* Quo fit, vt, qui ante sententiam moritur, 210

moritur, ciuis Romanus decessisse intelligatur, *l.1. §. hi quibus. infr. legat. 3. l. fin.* [d] *infr. ad l. Iul. maiest. DD. d. l. si quis. ibi Castr. num. 1.* Ergo quum Caius Licinius illustris ingenii orator repetundarum Reus, videret Ciceronem prætorem, quæstionis prætextam induere, damnationis sententiam laturum, misit ad eum, qui diceret, se in reatu periisse, ac spectantibus iudicibus, sudario ore & faucibus coarctatis, spiritũ præclusit, vt se ipsum condemnationis infamiæ eximeret, & liberos furtis ac rapinis ditaret. *Valer. lib. 9. tit. de morte non vulgari. Bened. d. verb. mortuo itaque testatore. num. 45. Bodin. de republ. lib. 5. cap. 3. fol. 538.* Nondum enim latæ erant leges aduersus eos, qui ante sententiam sibi mortem consciuissent. Ac multo post ii, qui ex animi dolore, aut sceleratæ vitæ conscientia, [e] aut pœnarum acerbiorum metu sibi manus attulissent, sepultura fruebantur. Quin etiam Tiberii adhuc principatu testamenta talium rata erant, vt ex aliis docet *Bodin. loco præcit.*

[d] Ad hunc textum videatur Delrio *in remiss. pag. 152. Bodin. de republ lib. 1. cap. 10. fol. 152. & lib. 2. cap. 5. fol. 210. libr. 5. cap. 3. fol. 538. Alciat. consil. 19. nu. 4. libr. 7. Rol. à Vall. consil. 1. num. 19. libr. 3. Menoch. consil. 99. nu. 57. 58. 71. lib. 1.*

[e] An bona eius publicẽtur, qui se occidit post delictũ, ante tamen accusationem, tradit *Ang. Aretin. de testament. in princ. num. 24.*

Porro textum *d. l. si quis. Ang. Aretin. in tract. de testam. in pr.* remissiue nouem, *& Gail. d. cap. 19. num. 10. & seqq. & cap. 20. nu. 7. & seqq.* multis modis [illegible]blimitat. Et ad decisionem quam ille *d. cap. 19. num. 9. & cap. 20. num. 12.* tradit, quod testamentum eius irritetur, qui conscientia criminis sibi ipsi mortem consciuit: Addendæ sunt amplissimæ commentationes *Guilh. Bened. d. verb. mortuo itaque testatore. num. 41. vsque 87. Philip. Franc. ad d. rubr. versic. decimoquarto prohibetur. Vasqu. de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 160. Clar. in praxi criminal. §. fin. quæst. 68. num. 37. Menoch. de arbit. iud. lib. 2. cent. 3. cas. 284. per tot. & Bodin. loco relato. Anchor. lib. 2. q. 22. per tot. Rolan. à Vall. cons. 20. per tot. lib. 3.* vbi materia duorum tit. ff. & C. *de bon. eor. qui mort. sibi consciu. & l. 2. C. qui test. fac. poss.* vbertim declaratur.

211 Ex hac illatione quinta sequitur 2. eos, quibus aqua & igni interdictum est, & deportatos testamenti faciendi ius non habere, *d. §. sicut.* [f] *Ang. Aretin. in tract. de testam. in prin. num. 28.*

[f] Rationem decidendi triplicẽ proponit *Vasqu. de success. resolut. libr. 1. §. 3. num. 16.*

Porro quibus commercium societasque hominum & ne quis eos vrbe, mensa, tecto aut lare reciperet, apud Romanos vetabatur, illi aquæ & ignis interdictionis pœna affecti dicebantur. Quũ enim hæ duæ res* humanam maxime vitam contineant: Hinc factum, vt more loquendi vsitato veteribus aquæ & ignis acceptione omnium rerum communicatio, & vice mutua ignis & aquæ interdictione omnium rerum priuatio significaretur, quemadmodum ex Festo, Lactantio, & aliis hanc rem explicant *Hotoman. in libro singulari, de veteri nuptiarum ritu, cap. 17. Vacon. lib. 1. declaratio. 18. vbi bona additio. Petr. Greg. in syntag. iur. part. 3. lib. 31. cap. 3. num. 18.* Huic successit deportatio, *leg. 3. infr. ad l. Iul. pecul. l. 5. vers. consumitur. infr. var. & extraord. cognit. Clar. in praxi crim. quæst. 67. num. 6. Ant. Vacca in l. Imperator. supr. statu hom. Briss. lib. 5. formul. fol. 539. vers. post oppressam. Petr. Greg. loco præcitato. cap. 6. nu. 7.* Quum enim olim aqua & igni interdictis huc illuc vagandi libera facultas fuisset: postea Augusti lege insula concludi cœperunt, *Cuiac. lib. 6. obser. c. 39. additio ad Vacon. loco præcitato.* Hæc pœna iam olim apud priscos Romanos omnium grauissima fuit: quum capitalis criminis rei tecti tantummodo & aquæ atque ignis interdictione damnarentur, id est, à ciuili societate exclusi pro mortuis essent. Quamdiu enim hac ratione humana audacia cohiberi potuit, maiore animaduersione opus non fuit, *Vacon. dict. cap. 18. num. 7. Petr. Gregor. loc. præcit. cap. 3. num. 18.* Retinent autem deportati ea, quæ sunt iuris gentium, vt libertatem: amittunt ea, quę sunt iuris ciuilis, *l. 5. inf. bon. damnat. § quidam sunt. 17. infr. pœnis.*

* Vide Lactantium *libr. 2. diuin. institut. cap. 9.*

§.quum autem. Instit. quibus mod. ius patr. potest solui. §. minor. Instit. de capit. dimin. sed & bona eorum publicantur, vt *d. §. si cui. & l. deportatorum. 8. C. pœnis.* Solus tamen Callistratus deportatum seruum fieri scripsit, *l. 5. infr. var. & extraordin. cognit.*

Distinguunt autem aliqui libertatem, quæ est iuris gentium ab ea, quæ est iuris Quiritum, vt sensus sit: deportatos amittere libertatem, quæ est iuris Quiritum: quemadmodum & Latini Iuniani & deditii liberi sunt iure gentium, non ciues, adeoque ex iure Quiritum liberi non sunt. Ita *Duaren. ad tit. supr. capit. diminut. & libr. 1. anniuers. disputat. cap. 9. Cuiac. ad tit. Institut. de capit. diminut. & remissiue libr. 3. obseru. cap. 10. Vacon. dict. cap. 18. numer. 9. 10.*

Verum hæc sententia stare non potest. Nam si libertatem Callistratum sic accepisse contenderimus, necesse erit, vt concedatur aliam quoque libertatem nullam adimi seruis pœnæ: quum de vnica & eadem libertate, quæ deportatis atque seruis pœnæ adimitur, Iureconsultus ibi eg[illegible]. *Ita Rauard. lib. 3. ambiguit. cap. 5.*

Hotomanus ergo *in d. § minor.* repudiata Duareni opinione, quæstionem hanc perobscuram esse testatur: & ipse: Vtrum quis in insulam deportatus sit necne, distinguit. Sed ipsius coniectura non modo authoritate caret: verum illi etiam repugnat, quod interdictioni aquæ & ignis ita deportatio successerit, vt deportati insula concluderentur, *Cuiac. libr. 6. obseru. cap. 39.*

Quo fit, vt *Rauard. d. cap. 5.* textum corruptum esse existimet. Cui vehementer refragatur, quod Boetius à Duareno & Hotomano relatus, in topica Ciceronis idem cum Callistrato scribit: deportationem maximam capitis diminutionem esse, & non ciuitatem modo, sed libertatem quoq; auferre. Quare dicendum, ciuitatis amissionem ita deportationis propriam esse, vt tamẽ quandoq; etiam libertatis priuationem inferat, dummodo ex illius verbis, qui huiusmodi pœnam imponit, id liqueat, vt probat *l. 2. vers. eum autem. C. vt nemo priuatus tit. præd. su. &c. Muscorn. in tract. de iurisd. num. 96.*

Et quemadmodũ iam olim aquæ & ignis interdictioni deportatio: ita hodie deportationi successit bannum Imperii: quum ciuitatem & bona sua amittant: *g* aliud est in bannitis à ciuitatibus. *Textus est* im Königlichen Wormbsischen Landfrieden deß 1495. jahrs/ *sub rubr.* die Peen der Friedbrecher/ vnd in Ordnung deß Landfrieden/ *sub rubr.* die Peen aller Friedbrecher/ *Anno 1521.* zu Wormbs auffgerichtet. *Bartol in l. amissio. §. qui deficiunt. supr. cap. diminut. Bart. quæst. 1. notant DD. in dict. §. si cui. DD. in §. cum autem. Instit. quib. modis ius patr. potest. soluitur. Ang. Aretin. in tract. de testament. in princ. num. 29. Clar. in praxi crimin. § final. quæst. 67. num. 8. Ascan. de patr. potest. cap. vltim. numer. 9. cum sequentib. amplissime disputat. Cacheran. decis. 105. nu. 8. & sequentib. Soaretz*

g Bannitus ergo à Cæsare testamentum facere nequit. Si qui tamen testamentum iure fecerit, & postea in bannum declaratus fuerit, ante mortem autem restitutus fuerit, (quem casum ego in facti contingentia habui,) testamentum eius conualescit, *text. l. si quis filio. 6 §. quatenus. infr. iniust. testament. § non tantum. Instit. quib. mod. testam. infirm.* restitutio enim postliminio æquiparatur, *Iacob. de Aren. Bart. Bald. Alberic. de Roz. Imol. Castrens. & Iacob. Cuiac. in d. §. quatenus per illum textum. Angel. l. si pater. ff. eod.* & omnia in pristinum statum reponit, *Andr. Gail. de pace public. libr. 2. cap. 18. 19.* Et quanquam eius testamentum, qui statum suum volens mutat, sine nouo iudicio non reconualescat, *l. qui ex liberis. 11. § testamento. infr. bonor. possess. secundum tab. Ioan. Bolognet. in l. certum. num. 60. C. vnde legit. Vasqu. libr. 2. controuers. illustr. quæst. 64. num. 23. idem de success. creat. libr. 2. §. 11. num. 7. §. 15 num. 108. idem de success. progress. libr. 2. §. 14. num. 113.* tamen bannitorum & aliorum testamenta, qui inuiti statum mutant, nouo iudicio opus non habent: Ipso enim iure reconualescunt, *l. 1 §. exigitur. vers. si quis vtroque. infr. bonorum possess. secund. tabul.* Ita contra Dynum summo consensu tradunt Bartolus *in dict. §. quatenus.* dicens hanc veram, Baldus (qui hinc infert ad testamenta Perusinorum, qui per sententiam Papæ Vrbani V. tempore guerræ, intestabiles, sed postea restituti fuerant.) Albericus de Rosat. Imola, Castrens. & quidem ciuili, Castrens. *ibidem.* Ioann. Schneidevvin. *dict. §. non tamen. num. 2. 3.* qui vsum huius rei docet.

Soaretz in thesauro recept. sentent. verb. banniti. num. 1. & seqq. Villalob. in verb. banniti. ibi Fichard. in addit. & Matth. Gribal. in verb. bannitus. Mynsing. obseruat. 30. centur. 3. Andr. Gail. de pace public. libr. 1. cap. 19. & 20. & libr. 2. cap. 1. num. 18. & 23. cap. 3. 6. nu. 20. & seqq. cap. 10. cum multis seqq. Kirchou. cent. 1. commun. opin. conclus. 45. banniti, &c.

311 Differunt autem relegatio & deportatio: 1. Quod relegatio pœna capitalis, aut capitis diminutio non sit: *Duaren. lib. 1. anniuers. disput. cap. 37. Cuiac. libr. 6. obseruat. cap. 25.* Ideo relegatus omnia iura retinebat, *dict. §. si cui. Petr. Gregor. in synt. iur part. 3. libr. 31. cap. 6. nu. 14.* (quemadmodum Ouidius *h* de se multis locis testatur, quos refert *Brisson. lib. 5. formul. vers. relegari autem. fol. 541.*) nisi bonis ademptis, relegaretur, *Brisson. libr. 5. formul. fol. 541.* quod Ciceroni accidit, *Petr. Gregor. loco pracit. num. 16.* At deportatione ciuitas & bona amittuntur. Ergo quod interdum deportati relegati dicuntur, id lata significatione fit, *Alciat. libr. 1. παρέργ. cap. 16.* 2. Quemadmodum monstra iam olim Magistratibus denunciabantur, qui procul in ignotas terras ea statim exportari curabant, quod existimarent, huiusmodi portenta Deorum iras cominus & pestem sequi: *Vacca l. non sunt. supr. statu homin.* Ita deportati vinculis constricti in nauem coniiciebantur: & quemadmodum ex vi vocabuli intelligitur, deportabantur: At relegati exire iubebantur, & ipsi die statuto exibant, quod multis authoritatibus *Brisson.* docet *loco relato, fol. 539. vers. post oppressum vero. Menoch. de arbitr. iudic. libr. 1. quæst. 80. numer. 80. & libr. 2. centur. 4. casu 330.* 3. Omnis deportatio perpetua, relegatio & temporalis & perpetua, *Petr. Gregor. dict. cap. 6. num. 14.* 4. Deportatio proprie exilium *i* est, relegatio impropríe, *l. 2. infr. public. iudic. Duaren. d. cap. 37. Cuiac. d. § si cui aqua.* Qua tamen de re videatur post alios *Menoch. d. casu 330. num. 4.*

h Ouidius fuit relegatus ab Augusto. Est in exilio mortuus. Iuuenalis quum histrionẽ quendam Domiciano charissimum, in satyris suis perstrinxisset, iam octogenarius relegatus est. Dantes Florentinus è patria est relegatus.

i Sciendum, exilii vocem in iure nostro, & apud scriptores probatos, generis cuiusdam & speciei instar obtinere: & in genere exilium aut voluntarium esse, aut coactum, vel inflictum a magistratu.

Voluntarium exilium fuit Christi Saluatoris, fugientis in Ægyptum, Aristotelis, Homeri, Ciceronis, Scipionis Affricani, & multorum aliorum illustrium virorum.

Huc pertinet, quod fortuiti casus exilio voluntario luerentur, non modo in politia Iudaica, *Deuteron. 4. Num. 35.* sed & apud Græcos, *l. aut facta. § euentus. ff. de pœnis. Alciat. libr. 1. dispunct. cap. 17.* atque Memphitas, *Petr. Gregor. in syntagm. iur libr. 31. c. 6. num* 11. Fuitque apud veteres exilium annale, si homicidium fortuitum esset, *ἀπενιαυτισμός*, quasi abannatio dictum, à qua voce bannitos dici putat *Alciat. libr. 1. παρέργ. c. 2* etsi Zasius à banno rectius deducat. Quod si fortuitum non fuisset homicidium, neque etiam deliberatum aut dolosum, non annus, sed arbitratu iudicis tempus statuebatur, *Alciat. d. cap. 2.*

Exilium inflictum à Magistratu, vel coactum duplex fuit: Quidam enim exulabant propter virtutem & potentiam ostracismo pulsi. Hoc iudicii genere eiecti sunt Cimon Miltiadis filius. Themistocles, Aristides, quod iusti cognomen Athenienses offenderet, pulsus Damon Periclis præceptor, quod prudentiæ opinionem haberet. Quidam autem exulabant propter delicta, aut culpam, vel alia de causa. Et hoc exilium triplex in iure nostro est.

Nam I. aliqui dicuntur interdicti, quibus certi loci aditu commerciove interdicitur, veluti si quis Roma abesse iubeatur.

Ita Anaxagoras ab Atheniensibus in exilium datus est.

Ita rhetores & philosophi ex tota Italia proscripti sunt sub Domitiano, *Gell lib. 15. cap. 11.*

Ita Dantes Florentinus, insignis poeta, Florentia pulsus est.

Ita omnes Iudæi Roma pulsi sunt, sub Tiberio, propter quatuor Iudæos improbos, iterum sub Claudio Cæsare. Horum vnus fuit Aquila cum vxore Priscilla, Corinthi tandem ab Apostolo Paulo conuersus, *Actor.* 18.

Ita Henricus Leo Saxonum & Bauarorum dux, ab ordinibus Imperii in exilium eiectus est, quod Fridericum I. Imperatorem in expeditione Italica deseruisset, vt Crantzius in Saxonia narrat.

Ita Petrus de Vineis, Friderico II. Imperatori charus & iurisprudentissimus in exilium missus est.

Quidam II. dicuntur relegati: idque duobus modis: Primo, qui in certum locum includuntur, & per consequens omnium aliorum locorum accessu prohibentur, præter eum, in quem conclusi sunt.

Hæc est lata fuga Iureconsultis: quando quis scilicet effugatur ab omnibus locis, præterquam ab vno: vt, quum quis patria, aut domo excedere vetatur, & in certo loco morari cogitur. Ita Salomon rex illum, qui patri suo Dauidi fugienti maledixerat, Hierosolymis conclusit, & egressum postea capite plecti iussit. Das heissen die Sachsen ein Einlager halten.

Secundo, illi, qui in loca ab hominibus notis & amicis remota, amandantur,

P 4 Hos

Hoc exilii genere à Cæsaribus Romanis multi pii iam olim affecti sunt, Ioannes Apostolus, Clemens Romanus, Cyprianus, & alii. Ita Ouidius poeta à Cæsare Augusto in Pontum, Iuuenalis poeta à Domiciano, octogenarius in extremam Ægypti partem ad Pentapolim relegatus est.

Quidam III. deportati dicuntur, qui vincti neruo aut compedibus in nauim aliquam coniiciebantur, seruisque publicis in insulam portandi tradebantur. Origenes in Hieremiam *homil.9.* Scio (inquit) quosdam reges, eos, qui Imperio suo insidiati sunt, ad desertas Insulas deportare solitos, & pro magnis suppliciis hoc iubere, ne in vno loco exilii pœnam sustineant: sed in aliam partem orbis vxor, in aliam liberi exterminentur: vt ne in calamitatibus suis, perfruantur solatio, aut pater filii, aut mater filiæ, aut frater fratris.

Porro quod textus *d.§.si cui.* de bonorũ publicatione dixit, id inter DD. hodie controuersum est, propter *authent. bona damnatorum. C. bon. proscript.* De cuius materia ample differit *Clar. in praxi crim. § fin. quæst. 78. per tot. & qu. 79. Bodin. de republ. lib. 5. cap. 3. per tot. Petr. Gregor. in syntag. iur. part. 3. lib. 31. c. 31. per tot. Andr. Gail. de pace publica. lib. 2. cap. 13. 14. 15. 16.*

Ille disputat: Vtrum reipublicæ bona damnatorum proscribi expediat, nec ne?

Rationes pro parte negatiua:

1. Iniquum videtur parentum culpam in liberos deriuari.

2. Egestate desperati homines ad furta & latrocinia conuertuntur, neque sperandum, vt in ocio & omnium rerum affluentia educati artes sellularias atque opificia addiscant.

3. Accedet infamia cum paupertate coniuncta, quæ illos ad latronum cœtus quærendos inuitabit.

4. Ita pœna, quæ flagitiosorum cœtum minuere debebat, contrarium effectum operabitur.

Rationes pro affirmatiua:

1. Liberorum opes parentibus vita chariores, nec vlla re facinorosi magis à vita flagitiosa absterrentur quam proscriptionis metu, quæ liberos ad egestatem perducet.

2. Non diuina, non naturæ lex violatur: quia alia parentum, alia liberorum bona.

3. Qui metuit, ne liberi flagitiosorum hominum inopia ad scelerum immanitatem inuitentur, ille multo magis metuere debet, ne liberi scelerati opibus in necem reipublicæ abutantur, quo parentum ignominia vlciscatur.

Concludit tandem ille distinguendo, vtile esse, vt sint in republica proscriptiones, ita tamen, vt non proscribantur bona auita & fiduciaria, sed tantum quæsita ab eo, qui proscriptus est.

k Inter omnes constat deportatũ bona amittere. Sed hoc quæstionis est, an bona ad cognatos, vel ad fiscum pertineant.

Textum autem illius *k auth.* duobus modis ampliat, & octo modis limitat *Diaz. reg. 165. damnatorum bona.* 213

Amplia 3. Nam si nulli adsint creditores, & fiscus bona habere nolit, etiam deportatus hæredem habere potest, *Castr. d. § si cui. num. 5.*

Ad secundam autem limitationem Diazii addatur *Gail. libr. 1. de pace publica. cap. 19. num. 13. & lib. 2. cap. 13. num. 22.*

Ad tertiam addatur *idem Gail. lib. 1. de pace publ. cap. 19. num. 17. & infr.* in materia hæresis videbitur.

l Als / wann einer neben der Leibs vnd Lebens Straff sein Gut verleurt / exempla sunt in *d. § si cui.*

Ad quintam & septimam limitationem notandum, textum *l. 1. infr. de bon. damnat.* loqui de pœna confiscationis, quæ tacite & in consequentiam alterius pœnæ venit. *l* Quem iuris rigorem primum *l. 8. illius tituli,* & postea *Auth. damnat.* plenius mitigauit. Vt proinde tanquam lex relata in iisdem terminis accipienda sit, de quibus leges, ad quas relatio fit, disponunt. Aliud autem est in pœna confiscationis, quæ non in consequentiam, sed expressim & principaliter vel sola, vel cum alia infligitur, *Bart. d. l. qui à latronibus. § si quis. num. 3. 4. Castr. cons. 171. num. 5. lib. 1. Cephal. cons. 79. num. 2. 17. & 26. vsq. ad fin.* vbi tres casus distinguit.

Ad octauam fallentiam Diazii, de pœna videlicet publicationis, quæ ob contumaciam infertur, adde *Cephal. d. cons. 79. num. 2. & 19. Gail. libr. 2. de pace publ. cap. 5. num. 7. cum seq. cap. 6. cum duob. seqq.* 214

IX. VI.

IX. Vltra Diazium limita, *m* si statuto imponatur pœna confiscationis, *Castr. d. consf. 171. num. 5. Ceph. d. consf. 79. num. 15. Cacheran. decis. 105. nu. 11.*

m Hinc apparet, tria requiri, vt dict. Auth. *bona damnatorum*, locum habeat. 1. Vt pœna mortis imponatur. 2. Vt pœna confiscationis veniat tacite & in consequentiam. 3 Vt imponatur iure communi, non a statuto.

X. & XI. Alios duos casus addit *Cuiac. ad Nouell. 134. in fine.*

XII. Limita, vt etiam hodie bona deportatorum publicentur. Neque obstat *d. Auth. bona damnatorum.* quam DD. intelligunt in pœna mortis, non in pœna deportationis. Et ita tenent DD. communiter *in d. Auth. & in d. §. si cui. ibi Bald. num. 3. & Castr. num. 7.* qui elegantem rationem diuersitatis inter damnatum ad mortem & inter deportatum adducit.

Et licet *gl. in d. §. si cui.* contrarium teneat, quam sequuntur relatiue per *Cacheran. d. decis. 105. num. 5. Vincenti. Franch. dec. 102. num. 11.* & sententia hæc non parum apud DD. controuersa sit, vt recte testatus est. *Vasq. de success. resolut. lib. 3. §. 3. num. 27.* Tamen communis sententia præcitatis Nouellis Imperii probatur, & in praxi recepta est. Quam limitationem ampliabis etiam in postea quæsitis, *Bald. d. §. si cui. ibi Castr. num. 3. & Cuiac.* & sublimitabis, *vt per Andr. Gail. lib. 2. de pace publ. d. c. 13. 14. 15. 16.*

XIII. limita, vt per Cacheran. *dict. decis. 105. num. 12. vers. secundo respondetur.*

XIV. Declarat Vincent. Franch. *decisio. 102. nu. 24. cum seqq.*

XV. Adde 72. casus in quibus bona confiscantur, quos annotauit Chassanæus *ad consuetudines Burgundiæ, rub. 2. des confiscations. §. 1. num. 20.* refert *Francis. de Pegna in addit. ad Ambros. de Vignate in tract. de hæresi, in princ: num. 14.* n

n Adde pro intellectu *l. vn. C. ne sine iussu princip. lic. confis.* quod duplex sit confiscatio, quædam extraordinaria, in casibus non expressis, quæ illustribus, in summa potestate positis conceditur: de qua ille textus loquitur: & alia ordinaria in casibus expressis, quæ merum imperium habentibus competit. *Dd. ordinarie in d. l. vn. Alb Rosat. in 3. p. statut. quæst. 18. nu. 8. 9. & q. 19. nu. 4. Boer. decis. 264. n. 1. & 2. Diaz. in praxi crimin. cap. 124. Cacher. decis 29 nu. 9. Oldrad. cons. 17. thema tale. num. 10. ibi addit. Lud. Rom. cons. 59. ad discutiendum. num. 2. ibi addit. Author differ. iur. ciuil. & Sax. lib. 1. diff. 35. & lib. 2. p. 1 diff. 34. text. art. 28.* Landtrecht.

215 Tertio ex hac quinta illatione sequitur, damnatos ad ferrum, id est, in ludum gladiatorum, aut ad bestias, aut in metallum, iam olim testari non potuisse.

De quibus pœnis videatur *Alciat. lib. 1. παρεργ. cap. 23. Brisson. lib. 5. formul. fol. 542. vers. interdum etiam ad opus. Iul. Clar. in praxi crim. § fin. quæst. 67. nu. 4. & 7. Petr. Gregor. in syntag. iur. part. 3. lib. 31. cap. 36. Cuiac. d. §. si cui. & l. ad bestias. 31. infr. de pœnis.* Ad quam addatur *Aul. Gell. lib. 5. cap. 14. Alciat. lib. 2. παρεργ. cap. 28. Ræuard. lib. 2. ambig. cap. 14. Couarru. lib. 2. var. resolut. cap. 9. num. 6. Petr. à Placa in epit. delict. lib. 1. cap. 33. Bodin. de repub. lib. 1. cap. 5. fol. 40. & cap. 9 fol. 121. Horat. Lut. de priuileg. schol. priuileg. 83.*

216 VI. Ex hoc requisito primo infertur, de statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non posse, *leg. qui in testamento. alias, qui in domini. 14. cum l. seq. h. tit. n.* Quæ materia declarata est supra illatione 2. ampliatione 4.

Declaratio *l.* 14. *cum l. seq. hoc tit.*

217 VII. Hinc infertur ad mente captos, & furiosos. Quæ est materia *l. filius familias. 16. & l. in aduersa. 17. infr. h. tit. n. & l. furiosum. 9. C. eod. §. præterea. Instit. eod.*

Declarata *l. 16. & 17. h. t. & l. furiosum. 9. C. eod. vsq. ad num.* 221. Hisce textibus adfinis illa quæstio est, vtrum testamentum ab eo, qui amore captus est, factũ, subsistat. Nam amor furoris species esse putatur, Vide *Thom. Actium de ludo Schach. quæst. 9. princip. n. 96.*

Amplia hanc materiam I. Nam licet furiosus à mente capto differat, quod ille rabie quadam animi agatur, quum hic magis in quiete sit, nulla scilicet extrinsecus animi male affecti signa ostendens: *Bald. in l. si furiosi. C. nupt. Bald. in leg. humanitatis. C. impub. & al. substit. DD. in d. l. furiosum. ibi Iaf. nu. 2. Dec. num. 1. & 2. DD. in dict. § præterea. Alciat. lib. 2. παρεργ. cap. 16. Vant. de nullitat. sub rubr. de nullitat. inhabil. mand. num. 18. eleganter Menoch. consf. 72. num. 190.*

num.190.cum seqq.lib.1.Francisc.de Cald.ad l.si curatorem.verb.quum non absimilis.num.7. vers.illud autem. C.de in integr.restit.minor. Tamen de furioso dum animi rabie agitur, idem quod de mente capto ad testamenti factionem quod attinet, iuris est, *Accurs. & DD. d. §.praeterea. DD. in d.l.furiosum. ibi Dec.num.7. Corn. cons.216. num.1. lib.3.cons.22.num.5.6.7.15.lib.4. Paris.cons.88. num.6.7. lib.3.luculente Ceph.cons.753. num.8. Schurf.cons.24.num.3.cent.2. Boer. decis.23.num.42.Couarru.de sponsal.part.2.cap.2.num.8.*

Amplia hanc materiam 2. Nam furiosus non testatur, ne ad pias quidem causas, *DD. in d.l.furiosum. per illum text. ibi Ias.num.1. Dec.num.4.& 15. d.§.praeterea.ibi DD. Corn. cons.126.num.1.lib.3. Cephal.cons.740.nu.22.cons.753. num.4.5. Vasq. de success. creat. lib.1. §.13. num.55. Boer. decis.23. num.49. Ioseph. Ludouic.decis.1.num.1.& 2.part.1.* qui hanc sententiam notabiliter declarat, *Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt.lib.2. dub.1.solut.4.num.10. Iul. Clar. lib.3.recept.sent. §. testamentum. quaest.5. Soarez in thesauro recept.sent. verb.furiosus. num.413. Duen.reg.399.*

Declara hanc materiam I. Nam quilibet praesumitur esse sanae mentis: 218
quum inter omnes creaturas homo ad imaginem DEI & rationis particeps conditus sit. Vt proinde haec praesumptio naturae hominis congruat: quum furor vel amentia accidens in homine sit: accidentia autem non praesumuntur. Quo fit, vt ei, qui testatorem furiosum vel mente captum esse dicit, onus probandi incumbat, *textus est expressus in leg. nec codicillos. 5. vbi DD. communiter. Cod. de codicill. DD. leg.fin.ibi maxime Salycet. num. 2. C. hered.instit. Bart.in leg.is potest. num.15. infr.acquir.hered. DD.in dict.l.furiosum.ibi Dec. num.19.Boer.decis.23. num.43. Grammat.decis.73.num.11. Alciat.in tract. praesumpt. reg.1. praesumpt.78. Vasqu.de success. creat. lib.2. §.13.num.51.52. Ioseph. Ludouic. decis.1. num.10. late Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib.2. dub.1.solut.4.per tot.maxime nu.13. & seqq. Franc. Mant. de coniect. vlt.volunt. lib.2.tit.5. per tot. Mascard.lib.2. de probat. conclus.824.num.5.6.7.8.9. Idem lib.3.conclus.1353.num.4. Dec. cons.448.num.11. cons.489.num.13. Corn.cons.73. num.2. cons.319. num.1.lib.1. cons.21.num.2.lib.2.cons.22.num.5. cons.91. in fin. cons.261. num.20.lib.4. Paris.cons.88.num.18. lib.3. Rolan.à Vall. cons.27. num.28. lib.3.Cephal.cons.753.num.24. Modest. Pist.cons.20. num.19. lib.1.* Quae praesumptio iuris onus probandi in aduersariũ transfert: quum hic praesumptionum iuris notabilis effectus sit, vt eum, contra quem militant, probatione onerent, *Alciat.de praesumpt.part.3.num.2. ibi additio. Francisc. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib.2. tit.1.num.14. & lib.6.tit.3.nu.45.Iacob de Put.decis.385. num.2.lib.2. Dec.cons.540.num.11.cons.595.nu.4. Crauet.cons.60.num.7.cons.198. num.3.Nicol.Bellon.cons.57.num.6.cons.63.num.12. Rolan.à Vall. cons.49.num.56. lib.1. cons.2.num.15. cons.46.num.47.cons.98.num.15.lib.3. Euerh.cons.3.num.14. Porc.cons.101. num.26. cons.147. num.6. & 60. Caphal.cons.171.num.48. cons.185. num.12.cons.223.num.9.cons.351.num.40.41.42.cons.359.nu.76.77.cons.365.n.47. cons.776.num.23.VVesenb.cons.4.num.29.30.cons.44.num.33.& sequent.*

Adde Menoch. lib.1. praesumpt. q.33. nu.2. Mascard. de probat. lib.1.q.10.num.34. Euerhar.in topic. in loco à verosimili. prope fin.

Et haec quidem praesumptio à iure probata, maximi effectus est, & duriori probatione eum adstringit, qui amentiam aut furorem allegat.

Ergo etsi interpretibus nostris visum sit, furorem aut amentiam probari eo ipso, si quis communiter cognoscatur aut reputetur à coniunctis, aut vicinis pro furioso, aut mente capto: *Corn.cons.69.num.13.lib.1.cons.21.nu.10. lib.2.Dec.cons.448.nu.4. Paris.cons.87.num.6. cons.88. n.5. & 61. vbi explicat, & nu.69. lib.3. Tiber.Decian. cons.127. nu.33.lib.3. Ioseph.Ludou. d.decis.1.num.1. & plura cumulat Mascard. lib.2. conclus.826.num.2.& seqq.*

Hoc

Hoc tamen non sufficit, neque aliter probationes in hac materia admittuntur, nisi luce meridiana clariores esse deprehendantur, vt post alios egregie docuit *Sim. de Prat. d. solut. 4. num. 13.* Vt non immerito omnes DD. maximo consensu tradiderint, furoris aut dementiæ probationem difficillimam esse. Neque enim quis mente captus, & proinde testamenti factione actiua priuatus eo ipso probatur, quod simplicis ingenii & grossi intellectus fuit, aut bonorum suorum administratione abstinuit: sed ex omnium interpretum receptissimo sensu necessarium est, vt ad naturam pecudum testatorē accessisse demōstretur: quod ipsum, vt & furoris probatio, summa difficultate non caret. *Bald. in d. l. furiosum. num. 3. ibi Castrens. num. 3. Ias. nu. 4. 5. Dec. nu. 26. Lanfr. in sua praxi, c. 8. num. 93. Boer. decis. 23. nu. 44. 73. 74. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 13. nu. 54. & de success. progress. lib. 2. §. 17. n. 111. Sim. de Prat. d. solut. 4. num. 28. cum seqq. Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 5. num. 16. vsq. ad fin. Mascard. libr. 2. de probat. conclus. 824. cum trib. conclus. seqq. Dec. cons. 448. num. 1. vsq. 9. & nu. 30 31. Corn. cons. 319. num. 1. lib. 1. cons. 21. num. 5. lib. 2. cons. 216. num. 16. lib. 3. cons. 22. num. 3. lib. 4. Paris. cons. 88. num. 53. cum seqq. lib. 3. Elbert. Leonin. cons. 20. nu. 1. Modest. Pistor. d. cons. 20. num. 27. cum seqq.* Quibus locis DD. de furoris & amentiæ probatione vbertim disputant.

Quinimo vsque adeo potens est præallegata iuris præsumptio, vt testibus pro sana mente & insania testatoris concurrentibus, illorum dicta præponderent, qui cum iuris præsumptione concurrunt, *Dec. d. l. furiosum. num. 22. Boer. decis. 23. num. 93. cum seqq. Grammat. decis. 73. num. 21. 22. Sim. de Prat. d. solut. 4. num. 18. late Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 5. num. 5. Dec. cons. 448. num. 10. 11. Corn. cons. 73. num. 2. lib. 3. Ruin. cons. 67. num. 1. 2. 3. lib. 1. Paris. cons. 88. num. 20. cum seqq. lib. 3. Decian. cons. 127. num. 35. lib. 3.*

219 Declara 2. Nam etsi liquido constet, aliquem furiosum esse: tamen si is testamentum suum vt homo sanus condiderit, intelligitur in dilucidis interuallis, & sic sana mente testatus. Ex qualitate enim actus præsumitur quis sanæ mentis fuisse, *l. si à furioso. 23. & l. furiosus. 45. infr. act. & obligat.* Atque hæc est solennis & omnium prope scriptis decantata Bartoli theorica *in tract. de testib. vers. opposita prudentia. num. 2. Ioann. Andr. in c. fin. de success. ab intest.* qui Valerium Maximum refert dicentem, cuiusdam furiosi testamentum, qui recte & homo sanus testatus fuerat, in senatu Romano fuisse comprobatum, quod arrestum plurimi ex nostris in hac materia adducunt & comprobant, *DD. in d. l. furiosum. ibi Angel. Fulgos. & Castr. num. 5. Alex. num. 3. Ias. num. 2. vers. quarto limita. ibi Dec. num. 14. Ias. in l. patre furioso. num. 5. supr. his qui sunt sui vel alien. iur. Hippol. de Marsil. singul. 380. Alphan. in suis reportat. num. 750. Boer. decis. 23. num. 56. cum seqq. Mascard. lib. 2. de probat. conclus. 825. nu. 13. vsque 17. late Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 5. num. 7. Ioseph. Lud. d. decis. 1. num. 12. 13. Royzius decis. Lituan. 1. num. 110. & seqq. Corn. cons. 69. num. 11. 12. cons. 73. num. 2 lib. 1. cons. 21. num. 4. 5. lib. 2. cons. 216. n. 15. libr. 3. Dec. cons. 448. num. 15. ibi additio. Cephal. cons. 753. nu. 46. cum seqq.* Et hanc sententiam receptiorem, *Royz. d. decis. 1. num. 110. cum seqq.* rationabiliorem & communiorem *Ceph. dict. consil. 753. num. 46.* & veriorem ac magis Communem dicit *Ioseph. d. decis. 1. num. 12.*

220 Declara 3. vt aliud sit in fatuo. *o* Nam interpretes in hac materia ita

o Huius materiæ cognitio duo puncta præcipue complectitur. I. est distinctio, mente capti, furiosi, fatui. Mente capti non testantur, fatui contra testantur, in furiosis distinguimus: & si testamentum ita factum sit, quemadmodum homo sanus testatur, id in dilucidis interuallis a furioso conditum intelligitur. II. Est regula iuris, quod sana mens præsumatur. Vt proinde inhabilitatem testatoris alleganti probatio incumbat. Et quo pacto probandum sit, quem mente captum fuisse, id DD. locis præcitatis vbertim exponunt. De fatuis nunc videamus.

ita distinguunt, vt dicant, quosdam omni omnino sensu & intellectu perpetuo carere, *p* vt sunt perpetuo furiosi & mente capti, qui ab omni ratione humana deseruntur. Quosdam mente quidem & intellectu omni interdum carere, sed habere dilucida interualla, vt sunt furiosi dilucida interualla habentes. Quosdam non omni mente carere, sed eam non integram habere, & sic esse grossi, simplicis, hebetioris atque stupidi ingenii. Ita vt neque communi modo prudentes, neque omnino mente capti sint, sed medium quodammodo locum obtineant. Hos fatuos, omnes interpretes maximo consensu testamentis conficiendis idoneos esse testantur. *Ita Fab. Ang. & reliqui d. §. præterea. ibi Mynsin. num. 5. Alex. in l. si frater. num. 4. ibi Castr. num. 2. Dec. num. 3. C. qui test. fac. poss.* vbi regula traditur: quod puella post 12. & masculus post 14. annum testari possint, etiamsi naturalis intellectus ea ætate non vsque adeo in hominibus vigeat, *Ias. l. ex facto. num. 41. ibi Ripa. num. 82. infr. vulg. & pupill. Ias. in d. l. furiosum. num. 2. limit. 3. C. qui test. fac. poss. Dec. in c. pastoralis. num. 3. de iudic.* Vbi dixit: licet indiscreta persona non videatur habere personam integram in iudicio, ex quo indiget supplemento: in extraiudicialibus tamen videri eam habere integram personam, vt testari & matrimonium contrahere possit, *Alciat. in l. 1. in princ. num. 55. infr. verb. obligat. Duaren. ad tit. n. h. vers. diximus, testamenti factionem. Vasqu. de success. progress. lib. 2. § 17. num. 110. Gomez. tomo. 1. cap. 6. num. 2.* qui notanter dixit: fatuum, qui omni sensu caret & intellectu, non posse testari: quum nihil differat à mente capto. Si vero habeat aliquem sensum, licet diminutum, bene eum posse testari. Et addit: hoc probari per textum & glossam ordinariam *in l. 2. ibi DD. communiter. supr. postulando.* (quum ibi *gloss.* exponens fatuum, de mente capto aperte sentiat, eatenus fatuum furioso & pupillo æquiparari, quatenus mente captus est, id est, omni sensu caret, & ad naturam pecudum accedit.) Et hoc etiam ex eo confirmari dicit: quod licet pubes vel adultus post 14. annum, non habeat perfectum & integrum sensum & iudicium: & non possit alienare, nec esse in iudicio: tamen bene testari possit: quum sufficiat habere sensum & intellectum, licet non ita plenum & integrum, sicut alii sagaces & maiores, *vt l. qua ætate. 5. h. tit. n. l. si frater. 4. C. qui test. fac. poss.* Et ibi idem sensit *Soarez in adit. ad eum Francis. Mant. de coniect. vlt. volun. lib. 2. tit. 5. n. 14. Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib. 2. dub. 1. solut. 4. n. 21. 22. Grass. §. testamentum. q. 21. nu. 7. Dec. cons. 112. num. 1. cons. 448. num. 21. 22. Corn. cons. 91. num. 23. lib. 4.* Cuius doctrina singularis ab aliis plurimum commendatur. Videmus (ille inquit) quod puellæ 12. & pueri 14. annorum, non habeant plenum sensum, & plerunque faciant puerilia & derisoria, & non conuenientia viro prudenti: & tamen non sunt intestabiles. Et semimortuus, atq; consequenter semialienatus à mente testatur, *l. quoniã indignum. 15. C. de testam.* Et ex his deprehenditur, quod licet quis in aliquibus patiatur defectum cerebri, & in aliquibus sit insipiens, nõ tamen sit intestabilis. Nã vt fertur, multa sunt genera melancholiæ, id est, fatuitatis. Et nullus sine crimine viuit, *q* nec sine

p De causa diuersitatis humanorũ ingeniorum philosophatur *Georg. Pictor. lib. 3. philolog. capit. 9.*

q Οὐδεὶς ἀνθρώπων ἁπάντῃ σοφός. Ante paucos annos in cuiusdam principis aula, vna in prãdio fuerãt aliquot Consiliarii, & quidam peregrinus Canonicus, homo linguæ effrenis, quem patrimonium Beati Petri diuitem & luxuriantẽ effecerat. Forte etiam eo venerat bonus homo, iurium Licentiatus. Tum Canonicus ille, Quid, tu, inquit, hominis? facie non Licentiato, sed morioni similis es? Mox alter ille: Ego hanc atrocem iniuriam, quæ mihi in hoc illustri loco ingeritur, ad animũ reuoco, paulo post eam prosecuturus. Ibi illi controuersiæ sese interponit, illius principis Vicecancellarius. Mi domine Licentiate (inquit) si aliquis me aut nebulonem, aut aliis iniuriosis nominibus appellaret: tum vero iniurias prosequerer: At si quis me fatui elogio ornaret, non vsq; adeo repugnarem. Metuerem enim, me aliquam fatuitatis particulam habere. Hęc iocosa videntur, quum maxime seria sint. Vtinam bene intelligeremus, nos omnes & singulos magnam dementiæ particulam habere, id est, homines nos esse, & in multis hallucinari. Wann die Thoren nit in Himmel kommen solten/so würden du vnd ich nicht hinein kommen/ dicebat ille Germaniæ Phœnix, *in P. de fest. S. Iacobi.*

ſine aliquo defectu prudentiæ: & per conſequens, ſine aliqua particula dementiæ: Et tamen communiter omnes puberes ſui iuris ſunt & teſtabiles, pauci inteſtabiles.

Hæc Corneus, qui ibi porro infert: licet is teſtator de quo quæſtio erat, nonnullos actus alienos à viris prudentibus feciſſet, illũ tamen pro fatuo inteſtabili non habendum: Idem luculentiſſime repetiit *conſ. 261. nu. 19. & 20. eod. lib.* Vbi diſerte ex receptiſſima omnium DD. ſententia profitetur ad teſtandum perfectum ſenſum non requiri. Addatur *Socin. conſ. 47. n. 11. lib. 3. Pariſ. ample conſ. 88. num. 37. vſq. 44. lib. 3. Cephal. conſ. 546. num 49. & 59. & latiſſime conſ. 753. per tot. maxime num. 50. 51. Tiber. Decian. conſ. 127. num. 29. lib. 3.* Ergo ad hoc, vt quis propter rationis & iudicii defectum inteſtabilis fuiſſe dicatur, non ſufficit probare quod ſimplicis & groſſi fuerit intellectus, & quod nõ ita perceperit omnia, prout alii acuti & perſpicaces: ſed oportet docere, quod prorſus caruerit intellectu, ratione & iudicio, vt mente capti & furioſi, ac proinde ad naturam pecudum acceſſerit, Quod *Corn. Pariſ. Decian. locis præcitatis* ampliſſime pertractarunt.

Mente capti & furioſi non teſtantur. Et licet aliquando DD. etiam de fatuo ita loquantur, tamen intelligunt mente captum, vt *gloſſ. in d. l. 2.* Cõparantur enim in iure mente capti & furioſi infantibus, minoribus ſeptennio, abſentibus, dormientibus, brutis & mortuis. *Bart. in l. 1. § adipiſcimur. num. 4. infra acquir. poſſ. Caſtr. l. mutum. num. 9. infr. acquir. hæred. Iaſ. in l. furioſo. num. 2. infr. re iud. DD. in dict. l. furioſum. ibi Iaſ. num. 1. Dec. num. 5. Dec. l. in negociis. num. 15. infra reg. iur. Boer. deciſ. 23. num. 47. Marſil. ſingul. 380. Molin. l. 1. in pr. num. 22. infr. verb. oblig. Vant. de nullit. ſub rubr. de nullit. ex inhabilit. ſeu defectu mandati. nu. 15. & ſeqq. Vaſqu. de ſucceſſ. creat. lib. 2. § 13. num. 53. Roy. deciſ. Lituan. 4. num. 319. vſq. 331. Ioſeph. Ludou. d. deciſ. 1. num. 2. Maſcard. de probat. lib. 2. concluſ. 828. nu. 2. & concluſ. 1048. num. 1. & ſeq. Dec. conſ. 448. num. 22. Alciat. reſponſ. 61. num. 2. lib. 6. late Cephal. conſ. 753. num. 1. vſq. 18. Schurf. conſ. 24. num. 5. cent. 2. Kirchou. concluſ. 21. num. 3. & conſ. 24. num. 65. lib. 2. conſ. var. Textus ſunt ad idem l. illud. §. ſane. infra. iniur. l. fin. §. fin. ſupra adminiſtr. tut. l. 2. §. furioſus. infr. iure codicill. l. ſed et ſi quemcunque. §. iniuriam. ſupr. ad l. Aquil. l. furioſi. infra reg. iur. l. quod infans. ſupr. rei vend. l. infami. infr. ad l. Cornel. de ſicar. l. penult. §. ſane ſi per furorem. infr. ad l. Pom. de parricid. §. furioſus. Inſtit. inutil. ſtipulat. & d. §. præterea.* Quibus locis deciditur, mente captos, aut furioſos non facere iniuriam: quum non ſentiant quid faciant. Item, factum à furioſo aut demente, perinde eſſe, ac ſi caſu accidiſſet: quum tales nihil intelligant, & alieni ſint à mente atque iudicio rationis: quod eiuſmodi homines brutis & infantibus comparentur. Vt proinde nulla eorum Voluntas ſit.

Et hæc quidem ſententia non modo notabilis & ſingularis, *Iaſ. in d. l. ex facto. num. 41. infr. vulg. & pupill.* ſed etiam communis, *Gomez. dict. cap. 6. num. 2. Graſſ. d. quæſt. 21 num. 7.* imo ex mente omnium DD. iuris eſt, *Vaſqu. de ſucceſſ. progreſſ. lib. 2. §. 17. num. 110.* nullum omnino habens contradictorem, vt diſerte teſtati ſunt, *Iaſ. d. l. furioſum. nu. 2. limit. 3. Pariſ. d. conſ. 88. n. 40. Decian. d. conſ. 127. num. 32. lib. 3.*

Vt proinde contra apertam, & tot illuſtrium Iureconſultorum authoritate comprobatam veritatem niti velle, prorſus friuolum ſit atque temerarium.

Verum quidem eſt, Dominum Iaſonem locis præcitatis paululum nutare: *r* nimirum, ad illuſtrem veritatis doctrinam, puta, ad diſtinctionem inter fatuum, qui communi ſenſu caret, & ad naturam pecudum accedit: & inter eum, qui talis non eſt, ſed inter furioſum ſeu mente captum & alios homines medium ſtatum obtinet, animum non aduertit. Quam diſtinctionem nobis Corneus, Decius, Ripa, Pariſius, Gomezius, Cephalus, Decianus locis relatis tradiderunt.

r Iaſonis fundamẽta tria, ſed leuia ſunt. Præcipuum inter illa eſt, quod fatuo detur curator. Sed hoc ipſe confutat. Non enim Curatoris datio teſtamenti factioni obſtat: quum & minores ſub curatoribus ſint, & tamen teſtentur. Notabitis pro communi textum *d. l. ſi frater.*

Reuertimur nunc ad operas huius anni 90. qui vt Ecclesiæ atq; rebus publicis, & scholæ nostræ, adeoq; vobis omnibus, & mihi sit faustus & felix, faciat Filius Dei. 221

Disputamus autem de testamentorum requisitis substantialibus. Ea sunt.

1. Causa efficiens, id est, testatoris habilitas.

2. Causa materialis ex qua, Voluntas testatoris iure explicata.

3. Causa materialis circa quam, id est, hæreditas.

4. Causa formalis, hæredis institutio.

5. Causa solennitatis, quæ est multiplex, vt testamentum fiat vno contextu: vt testator nominet hæredem voce propria, aut eius nomen scribat: vt adsint 7. testes, habiles, & plura alia.

6. Causa finalis, vt eo fine conficiatur dispositio, quo post mortem valeat.

7. Substantialia confirmatoria, id est, mors testatoris, & hæreditatis aditio.

Hæc ita cumulat *Bologn. noster ad rubr. num. 2. & seqq. infra liber. & posthum. Idem in l. nemo. num. 9. cum seq. infr. legat. 1. & in l. sciendum. num. 4. cum seqq. infr. de verb. obligat.*

Inter hæc requisita, primum complectens *tot. tit. C. qui testamen. fac. poss.* & magnam partem *tit. in ff. de testam.* & quartum atq; quintum latissimam tractationem habent.

Sed materia institutionis hæredum suam peculiarem sedem habet: & quæ de testibus disputantur, nos conferemus in compendium. Ergo absoluto requisito primo, celerrime me de aliis, Deo volente, expediam.

Etsi autem *Vasq. in lib. 2. de success. creat. §. 12. & seqq.* 41. requisita testamentorum numerat: Tamen obseruandum, hanc illius doctrinam iudicio opus habere.

Primum enim & præcipuum substantiale testamenti, id est, testatoris habilitatem inter illa 42. requisita omittit: Qua tamen de re amplissime *libr. 1. & 2. vsque ad §. 12.* disserit.

Sed hoc excusari potest: quum & *in l. 4. h. tit. & in C atq; Instit.* materia de habilitate testatoris, puta *tit. qui testam. fac. poss. à tit. de testam. ordinand.* separetur.

Secundo ille fallentias cum requisitis substantialibus permiscet: Id quod ex requisito ipsius 16. 17. 24. 25. 32. 33. apparet.

Nos dabimus operam, vt 7. requisitis omnia, quæ ille dicit, & forsan plura complectamur.

Porro 7. illationes declaraui ad requisitum primum: nunc sequitur illatio 8. complectens materiam *l. is cui lege. 18. in prin. h. tit. n. & §. item prodigus. Instit. quib. non est permiss. facere testamen.*

Disputabimus ergo de prodigis. Et quia prodigalitas triplex: rerum, morum, & famæ: quæremus etiam de intellectu *l. & mulieri. 15. supra. curat. fur. vel al. extr. minor. dand.*

VIII. Hinc infertur ad eum, cui lege bonis interdictum est, *l. is cui lege. 18. in princ. h. tit. n.* Id est, ad prodigum expositore Accursio, *s* Bartolo, & aliis ibi, vt Vlpian. idem velit, quod Imperator *in §. item prodigus. Instit. quib. non est permiss. fac. testam. Clar. §. testam. q. 33. Grass. §. testament. q. 23.*

Expositio *l. is cui lege 18. in princ. h. tit. n. vsq; ad num. 226.*

Porro quæ necessaria sint ad prodigalitatem, docet *Mascard. lib. 4. de probat. conclus. 1234. maxime num. 12.* Neque omnis in suis bonis negligentia *t* sufficit. Ideoq; Sophocles Tragicus, cum propter nimium studium, rem familiarem negligere videretur, & à filiis in iudicium vocatus esset, vt illum quasi desipientem à re familiari remouerent: Ipse recitata iudicib. ea fabula, quam in manibus habebat, & proxime scripserat, Oedipo Coloneo, hoc præstitit, ne demens, aut furiosus, aut ætate in delirium venisse videretur. Itaq; sententiis iudicum est liberatus, vt Cicero in libro de senectute testatur. Quod etiam refert *Petr. Ærod. lib. 2. decret. tit. 41.*

s Quidam (inquit glossa) sunt intestabiles, vt hæretici, *l. Manichaos. C. de heret. & Manich.* & Rei læsæ maiestatis, vt *in l. final. C. ad l. Iul. maiest.* De his non potest lex nostra intelligi. Quia taliũ testamẽta irritantur, si quæ ante interdictum fecerint. At Vlpianus noster clare dixit *in d. l. is cui lege.* si is cui bonis interdictum sit, ante interdictum, testamentum fecerit, id valiturum. Ergo textus non potest intelligi (inquit glossa) de eo, qui propter delictum est intestabilis, sed de prodigo, cui factio testamenti propter dissolutos mores est adempta.

t Ad prodigalitatem necessarium est, vt quis sua absque causa tanquam fatuus aliquis dilaceret. Hinc sequitur, quum triplicia hominis bona, ac proinde triplex quoque prodigalitas sit: 1. Bonorum animi. 2. Bonorum corporis. 3. Bonorum fortunæ: & bona fortunæ bonis corporis, bona corporis bonis animi cedant: eum proinde, qui propter bona omnium præstantissima, puta animi, bona fortunæ negligẽtius tractat, prodigum haudquaquam haberi posse.

Etsi

Etsi autem iam olim lege 12. tab. & ipso iure prodigis bonis interdicebatur: quod hoc textu Vlpianus clare indicat: *u* ea tamen interdictio hodie fit à Prætore, vel præside, si talem hominem inuenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet: sed bona sua dilacerando & dissipando profundit, vt idem Vlpian. *in l. 1. supr. curat. furios. vel aliis &c.* diserte docet. Vbi videatur *in remission. Delrio pag. 81. Mynsing. §. furiosi. num. 7. Instit. de curator. Franc. de Caldas ad l. si curatorem. verb. cum non absimilis. num. 4. C. in integr. restit. minor.* Estque ratio *x* decidendi aperta, quod prodigus pupillo, *l. certi condictio. 9. §. quoniam. in fin. supr. si cert. pet.* & furioso comparetur, *y l. his qui 12. §. Diuus. supr. tut. & curat. dat. ab his. l. fin. §. minores. C. sent. pass. Castr. dict. l. is cui lege. num. 3. DD. l. is cui bonis. ibi Ias. num. 8. infr. verb. obligat. Franc. de Cald. loco præcit. num. 6.* qui hanc sententiam per discursum ibi eleganter declarat.

u Nam ita verba textus habent: *Is cui lege bonis interdictum est.* Ergo interdictio per legē fiebat, non per iudicem.

x Aliqui existimāt, prodigo ea ratione bonis interdici, quod reipubl. expediat, ne quis re sua male vtatur. Quam rationē sequitur *Petr. Ærod in lib. 2. decret. ad tit. ff. de curat. furios. &c.* Vbi hanc rem ex Valer. Maxim. *lib. 3. cap. 5.* explicat. Verum præcitatam rationem doctè confutat Franc. de Cald. loco præcitato.

y Non est perpetua hæc comparatio: Delinquens prodigus tenetur: item, conditionē suam potest facere meliorem.

222 Requiritur ergo hoc casu ministerium iudicis, id est, causæ cognitio, interdictio, præconium publicum & curatoris datio, *d. l. 1. Bart. Bald. Castr. & reliqui in d. l. is cui bonis. Ioseph. Lud. decis. 1. num. 16. 17. 18. Caldas ad d. l. si curatorem. in princ. num. 25. 26. Idem d. verb. cum non absimilis. num. 7. vers. ad huiusmodi. & num. 18. & 79.*

Amplia hanc doctrinam I. Nam id testamentum, quod prodigus ante fecerit, quam interdictio ei fiat, ratum est, *d. l. is cui lege. d. §. item prodigus. Corn. cons. 216. num. 13. lib. 3. Boer. decis. 23. n. 98. Damhoud. de pupill. patrocin. cap. 8. num. 17.* etiamsi notorium esset, testatorem prodigum fuisse, *gl. in l. is cui. 6. ibi Bart. Bald. Ang. Cast. Roman. Ias. & alii. infr. verb. obligat. Bart. & Bald. d. l. is cui lege. ibi Castr. num. 5. h. tit n. Bald. l. 1. num. 2. supr. curat. furios.* Quum enim prodigis interdicatur administratione. Ergo antea possunt administrare. Nam si ante interdictionem iudicis ipsi iure inhibita esset administratio, frustratoria iudicis foret interdictio. Et hęc sententia non modo communis, & in praxi in iudicando, atq; consulendo tenenda, *Ias. dict. l. is cui bonis. num. 9. Vigl. in §. item prodigus. num. 3. Franc. de Caldas d. verb. cum non absimilis. num. 5. 6. 7.* sed etiam vera est, *l. tres tutores.* z *56. in fin. ibi, aperte prodigo. supr. administr. tut. c. veritatis.* a *8. de dolo & contum.*

Contrarium tenet *gloss. in l. is cui lege. h. tit. n. & Petr. Imol. Raph. Cuman. & alii relati per Ias. loco relat.* Sunt autem huius opinionis fundamenta quatuor, ad primum respondent *DD in d. l. is cui lege. ibi Bald. & Castr. n. 5.* ad cætera omnia respondet *Ias. in d. l. is cui bonis. n. 9.*

Quam tamen sententiam limitat *Ias. d. l. is cui bonis.* b *nu. 10. 11. 12. Vigl. d. §. item prodigus. nu. 3. Caldas d. verb. cum non absimilis. nu. 3. vers. ex quo infero. nu. 6. & 7.* Aliam limitationem habet *Vasq.* de prodigo tale delictum admittente, ob quod pœna mortis afficiendus sit. Nam sequuta cōdemnatione, testamentum ante interdictionem factum concideret: Ita ille *de success. resol. lib. 1. §. 3. n. 40. cum seqq. & Franc. de Cald. d. verb. cum non absimilis. num. 43.*

z Ibi dicitur, aperte prodigo tutori nō permittendā administrationem. Porro hoc discrimine iuris opus nō esset, si ipso iure aperte prodigo interdictū esset administratione.

a Hunc textum citat Ias. ibi. Episcopus erat notorius dilapidator, dilacerabat res Ecclesiæ, vt dicitur in princ. textus: Et tamē Pontifex ea tātum irritat, quæ ille post inhibitionē id est, suspensionē, fecerat. Si ipso iure fuisset illi interdicta administratio, omnia in irritum erant deducenda.

b Crebrius placuit vbiq; necessarium esse decretū (id est, etiam in aperto pdigo) nisi quis cum luxurioso contrahat, quem sciat pecuniam illico scorto esse daturum, *l. si quis cum sciret 8. infr. pro emptore.* Addatur ad illum text. *Straccha de adiecto. nu. 12. Zas. in tract. antim. part. 2. num. 7. Alphan. in report. n. 139. & Delrio in remiss. pag. 128.*

Disputamus nunc de prodigalitate, & de prodigis, quod testamenta condere non possint.

Ad prodigalitatem duo requiruntur:

I. Interdictio. Ergo ante interdictionem nemo rectè dicetur prodigus, etsi notorie prodigus sit: nisi in duobus casibus.

II. Vt is, de quo quæritur, bona sua dilaceret, & profundat sine causa. Hinc infertur, eum qui propter virtutis & sapientiæ studium bona negligentius tractat, prodigum

non esse. Adduxi 1. exemplum Sophoclis. 2. Socrates pauper semper fuit, pedibus nudis incedens, sordido palliolo contentus, vt Diogenes Laert. de eo refert. Plato philosophus pauper fuit, & solum in Academia tenuit hortum, qui tres aureos numos penderet. Postea prouentus Academicus auctus est. Suidas in verb. Plato. Deinde memoria dignissimum est exempliũ Anaxagorę. Hic enim vniuersum patrimonium suis sponte concessit. Quo nomine quum ab eis insimularetur negligentiæ: Quid ergo (inquit) nonne vos ista curatis? Demum ab eis profectus, ad speculandam rerum naturam sese contulit, rei & publicæ & priuatæ omnino negligens, adeo vt cuidam se ita compellanti, nullane tibi patriæ cura est? dixerit: Mihi vero patriæ cura, & quidem summa est, digitum in cœlum intendens. Diogenes in Anaxagora, sæpe dicere solitus est: Neminem simul & virtutes & diuitias possidere posse. Quod verum de iis, qui vt S. scriptura loquitur, opibus cor apponunt. Et hoc nomine priuilegiis & honoribus præ cæteris ornantur sapientiæ studiosi, quod vt plurimum studiis occupati, rebus suis non vsq; adeo attendere queant. De illis Imper. Frider. *in Auth. habita. C. ne fil. pro patre.* refert: Quis (inquit) non misereatur eorum, qui amore scientiæ facti exules, de diuitibus pauperes, semetipsos exinaniunt. Porro veritas causæ necessaria est. Non satis est aliquem haberi prodigũ, sed necesse est, vt vere talis sit, id est, quod vere bona dilaceret sine causa. Hinc elegans disputatio existit, quis effectus decreti sit, quo illi administratione interdicitur, qui prodigus non est.

Amplia 2. Nam post iudicis interdictionem inhibetur administratio, etiamsi is, cui interdictio facta est, prodigus non sit. *Ita Bart. Bald. & reliqui in d. l. is cui bonis.* & hanc magis communem *Ias. in d. l. is cui bonis. nu. 14.* & communem dicit *Vigl. d. § item prodigus. num. 4.* à qua ipse recedendum non putet, licet multa in contrarium vrgeant: Plures in eandem sententiam refert *Ias. loco pracitato, & Caldas d. verb. cum non absimilis. num. 19.* Pro decreto namque præsumitur, *DD. d. l. is cui bonis. Ludouic. Roman. consil. 479. num. 2. Ias. l. 1. § si quis procurator. num. 13. supr. si quis ius dic. non obtemp. cum similib. adductis per Menoch. consil. 100. num. 1. cum seqq. lib. 1. l. res iudicata 207. infr. reg. iur. l. Herenn. 63. §. Caia. supr. de euiction.* Et hanc sententiam etiam iuuat *l. pen.* c *16. supr. curat. furios. & c.* Cui porro consequens est, vt à tali decreto appellandum sit, nisi is, cui interdictio facta est, bonorum administratione carere & intestabilis esse malit. 225

Porro aliis visum est, talem interdictionem non tenere. Quam sententiam *Ias. loco pracit. num. 15.* defendit, & *num. 14.* Communem d dicit. Et hæc procul dubio verior est, *l. tutor. si petitus. 10. & l. Seia. 26. supr. de tut. & curat. dat. ab his.* Neque enim interdictio ab eo tempore incipere potest, quo si iam facta esset, finiretur. At si prodigus ad bonos mores reuertitur, ipso iure interdictio facta cessat, *d. l. 1. supr. curat. fur.* Vt proinde multo magis ab initio, non subsistente prodigalitate, impediri ea debeat, *arg. l. patre furioso.* e *8. supr. his qui sunt sui vel alie. iuris. DD. d. l. is cui bonis. ibi Ias. nu. 15. Cald. loco pracit. num. 20.* Eleganter hanc defendit *Modest. Pistor. cons. 20. num. 62. lib. 1.* Coniecturis autem atque præsumptionibus in re certa nullus locus est, *l. continuus. 136. §. cum ita. in fin. infr. verb. oblig. Rol. à Vall. cons. 41. nu. 27. lib. 1. cons. 9. nu. 26. lib. 3. Porc. cons. 110. num. 30. Cephal. cons. 140. num. 27. cons. 308. nu. 49. cons. 380. num. 28. cons. 612. num. 28. cons. 642. num 59. cons. 655. num. 12. cons. 693. num. 27.* Cæterum *ad d. l. pen.* * respondit *Ias. d. l. is cui bonis. num. 14.*

Amplia

c Ibi pater dedit filio curatorem tanquã prodigo. Quærit textus: Vtrum indistincte patris iudicium sequendum sit, siue vere ille prodigus fuerit, siue non fuerit. Dixit textus indistincte, iudiciũ patris sequendum. Ergo idem in iudice. Quia valet argumentum à testatore ad iudicem. Ita inducit *Ias. in d. l. is, cui bonis. num. 14.*

d Francis. de Caldas loco præcit. *nu. 20.* refert Iasonem dicentem, hanc esse magis communẽ, sed male illum adducit.

e Dixit textus ibi, furiosum, licet vxorem ducere non possit, retinere tamen matrimonium posse. Vnde glos. ibi verb. retinere. regulam tradit, quod multa impediant contrahendum (id est, matrimonium) quæ non dirimant contractum. Et hinc nostri theoricam eliciunt: Facilius impediri fiendum, quam factum. Et econtra, difficilius rescindi factum, quam vt impediatur fiendum. Quum ergo in nostro casu factum (id est, interdictum) tollatur, cessante prodigalitate, multo magis impedietur fiendum, id est, interdictum interponendum, causa non subsistente.

* Ias. respondet, esse magnam differentiam inter patrem & iudicem. Patrem habere notos mores filii. Ergo legem de eo magis confidere, quam de iudice.

224 Amplia 3. Nam prodigus etiam intestabilis *f* est, *d.l.is cui lege.* Vnde sequitur, intestabilem quem esse posse propter culpam, etsi ea in delictum non cadat, *Castr.ibi num.4.* Cæterum quis intestabilis sit, exponit *Duaren. ad tit.n.h. vers.nunc videndum est de iis, qui prohibentur testamentum facere ob crimen. Petr.Gregor.in syntagm.iur.part.3.cap.8.num.18.19.*

Amplia 4. Nam quum prodigalitas *g* triplex sit, rerum, morum & famæ: *Ias.in d.l.is cui bonis.num.2. Benedict.d.c.Raynutius. verb. mortuo itaque testatore. el 1.num.310. Cald.d.verb. cum non absimilis. num.9.*

f Aliud est intestatus, aliud intestabilis: & rursus ab intestabili differt, q testari non potest, *Vide Tiraquell. in tr. le mort part.3.declar.* 7. Duarenus putat, hæreticos testamentum quidem facere non posse, sed intestabiles esse negat. Vide quod dico *infr. de hæreticis, illat.12.*

g Rectius penes bona diuidemus prodigalitatem. Nam is prodigus est, qui bona sua dilacerat. Bona autem sunt aut animi, aut corporis, aut fortunæ. Quare prodigalitas erit 1. rerum, id est, bonorum fortunæ, 2. vitæ & valetudinis. Ita ille noster poeta cecinit: Neu vitæ tantum prodigus esse velis. 3. morum & famæ, id est, bonorum animi.

Hinc ergo infertur, vt prodigo patrimonium laceranti, ita mulieribus quoque, quæ luxuriose viuunt, id est, meretricibus bonis interdici posse, *l.& mulieri.15.ibi glos.supr.curat.furios. Panorm.Felin.& Dec.in cap.pastoralis.de iudic. Francisc.Rip.in dict.l.is cui bonis.num.16. Arius Pinel.l.4.num 20. C.bon.mater.late deducit Vasqu.de success.creat.lib.2 §.12.num.35. vsque 42.& multos in id allegat Cald.loc.relato.num.12.* Ex qua interpretatione cautelam DD. concludunt, vt legitimi hæredes faciant meretrici tutorem dari, & bonis ei interdici, ne testari possit, *Dilect.de art.testandi tit.1.caut.12.* Nam alias nullo iure prohibetur, *per text.clarissim.in l.sed & qui magna.5.infr.ad SC.Trebel. Ang.Aretin.in tract.de testam.in princ.num.43.ad fin.Ias.in l.miles.num.17.infr.re iudic.Natta cons.560.num.4.5.vbi declarat.* h *Pinell.loco relato.Sim.de Prat.de interpr.vlt.vol.lib.2.interp.1.dub.1.solut.4.num.36.Cald.d.verb.cum non absimilis.nu.12.* quemadmodum & Acca Laurentia Lupa, à qua lupanaria nomen habent, & Flora meretrices, populũ Romanum hæredem instituere, *Lactant.libr.1.institut. Macrob.libr.1.Saturnal.cap.10. Gell.libr.6.cap.7.*

h Meretrix testatur de turpiter quæsitis, vt clare Gellius de Acca Laurentia scripsit. At aliud est in aliis, q̃ de quæsitis ex stupro, aut adulterio non testantur.

225 Verius autem est, Paulum *in d.l.& mulieri.* de fœmina impudicam vitam agente, haudquaquã, sed de ea, quæ nullis sumptibus parcit, & immodice sua profundit, loqui: & proinde cautelam præcitatam ociosam esse. Quæ post alios doctissime explicat *Pinell.loco relato,num.22.refert & Vasq.atque sequitur Cald.d.verb.cum non absimilis.num.16.*

Constat tamen adulteram de dote in præiudicium mariti testari non posse: quum ea tunc lucro mariti cedat, *c.plerumque.4.de donat.int.vir.& vxor.in antiq.l.consensu.8.vers.virum etiam.C.repud.& not.ad art.5.* Landr. *lib.1.* Tractant hanc materiam *Ludouic.Rom.consil.286.ibi additio. Idem singul.313. Angel.de Clauas.in summa, verb.adult. Boer.in addit.ad Dyn.c.non debet.de reg.iur.in 6.Franc.Ripa l.2.§ Item si voluntate.num.2 supr.solut.matrim.Duen.reg.12.actio.limit.3. Iacob.Nouell.reg 97.mulier adultera. vbi sex modis limitat. Menoch.de arbitr.iud.lib.2.cent.3.casu.287.num.23. Sim.de Prat.de interpr.vlt.volunt.lib.2.interpr.1.dub.1 sol.4.num.96.vers.item adde quod mulier.*

Fallit hæc sententia 1. Nam prodigus ea, quæ ex re ipsius sunt, facere potest: puta, hæreditatem necessariis relinquere, pauperibus sua distribuere, grauem seruitutis torquem ceruicibus seruorum adimere potest, *Text.est in Nouell.Leon.38.addatur dict.l.is cui bonis.ibi DD.Vigl.in d.§ item prodigus.ad fin.Cald.d.verb.cum non absimilis.num.31 & 70.vsque 76.* Ita etiam per ingressum religionis bona sua in Monasterium transfert. *Franc.de Cald.ad d.l.si curatorem.verb.hunc contractum.num.33.& 34.& d.verb.cum non absimilis.num.47.*

Declara 2. Si sanos mores receperit, *d.l.1.supr.curat.furios.DD. d. l.is cui lege.ibi Cuiac. Cald. d. verb. cum non absimilis. nu.31. & 81. vsque ad fin.*

IX. Hinc infertur, ob carmen famosum damnatum intestabilem esse, *d.l.is cui lege.§.fin.* quo etiam pertinet *l.ob carmen.21.supr.de testib.l.lex Cornel.5.§.fin.cum leg.seq.infr.iniur.l.vnic. C.famos.libell. & Constit. Nouell. Imperii* **deß Reichs peinliche Halßgerichts ordnung.** *cap.10. & Constitut. Saxon. part.4. cap.44.* Vnde patet authores & quasi authores carminum & libellorum famosorum, non modo intestabiles esse: sed aliis etiam grauibus pœnis in iure coherceri, *Petr. à Plac. in epit. delict. lib.1. cap.3. num.2.3.4. Iul. Clar. in prax. criminal. §. fin. quæst.68. num.25. Menoch. de arbit. iud. lib.2. cent.3. cas.263. num.34. VVesenbec. consil.22.* 226

Declaratio *leg. is cui lege. §. fin. h. tit. vsque ad num. 231.*

Libelli famosi vulgo Pasquilli dicuntur. Fuit autem Pasquillus sartor Romanus atque adeo Pontificius, qui ob vitia Papam & Papæ Senatum, id est, Cardinales, mira libertate & impunitate vellicaret. Eo mortuo, quum prope tabernam eius statua marmorea gladiatorio habitu effossa, & eodem loci erecta esset, ioco populari Pasquillus appellari cœpit, quod illic ob dicacitatem notissimus magister Pasquillus habitasset. Et quemadmodum ille viuus hominum vitia insectatus fuerat: Ita nunc post mortem eius statua epigrammatophori munus subiit. Illi enim omnis generis scripta maledica noctu affiguntur, quæ inde Pasquilli sibi nomen vendicant, *Theatrum vitæ humanæ volum. 21. libr.3. fol.3709. in verb. Pasquillus.*

Quæro: quæ sit ratio, quod tanta seueritate authores & quasi authores libellorum famosorum coherceantur, vt & intestabiles sint, & similitudine supplicii teneantur? Respondeo: rationem esse duplicem: PRIMAM, quod eiusmodi diffamator violet ordinem iustitiæ. Nam qui salutis publicæ cura tangitur, ille accusare potest, vt dicit *d.l.vnic.* aut etiam denunciare.

Et refert *Bodin. in lib.3. de repub. c.8. fol.458.* modum denunciandi, quem in regno Scotiæ & Mediolani receptū esse, testatur, vt arca perforata in maximo cuiusq; orbis templo constituatur, in quam cuiq; latenter iniicere liceat delatorios libellos, quibus scelus admissum, locus, tempus, testimonia rei, denique consociorum perpetrati criminis nomina perscripta sint. Deinde stato die, vrnis apertis, quæstionem de singulis haberi dicit.

SECVNDA ratio potior est, quod iuri diuino & naturali congruat, vt calumniatores similitudine supplicii teneantur. Hanc expressit Nouella Imperii. Quamuis autem libellus famosus etiam dicatur, quum de quolibet crimine punibili quis diffamatur, vt ex Nouella Imperii liquet: Tamen proprie carmen famosum aut libellum famosum, atq; Pasquillum dici puto, si quis de crimine capitali diffamatur. Nam 1. damnatus ob carmen vel libellum famosum tenetur similitudine supplicii, *text. in dict. Nouella. & text. iunct. gl. fin. in d.l.vnic. C. libell. famos.* Dixit autem text. *in d.l.vnic.* talem diffamatorem pœna capitali teneri. Ergo & crimen, de quo quis diffamatus est, capitale esse oportet. 2. Pasquilli munus non ad obscura & leuia, sed ad grauia & manifesta errata pertinet, vt docet author theatri vitæ humanæ, loco præcitato.

Sicut ergo is, qui de capitali crimine diffamatur, capite puniretur, & testamenti factionem iure amitteret, si criminis diffamati reus esset: ita illa eadem pœna diffamatorem teneri conuenit.

Quæro: quid de Cæsare & Principibus, si in illos libelli famosi conscripti sint, an authores talium scriptorum pœna capitali teneantur? Hæc quæstio non longe recedit à materia *l.vnic.* l *C. si quis Imper. maledix.* cuius materiam in facto habui.

Videtur

l Text. hic, in verbo remittendū ambiguus est. Cuiacius, Menochius, Godofredus, exponunt id verbum, pro condonandum. Quæ expositio verbis textus fauet. Ponit enim primo decisionem, vsque ad vers. quoniam. Secundo rationem decidendi per distributionem, quæ idonea decisioni non esset, si aliter hæc vox exponeretur: vsque ad vers. vnde. Tertio requiritur illatio, cuius hæc sententia est, quod proinde omni in casu relatio Cæsareæ Maiestati facienda sit, vt scite Bartolus docet.

Accursius autem hoc verbum ita exaudit, vt maledictum ab iniuria procedens, sit Cæsari remittendum seu referendum: Ergo si à leuitate vel insania processerit, inferior iudex excessum punit. Idem sensit Odofredus, Accursii coætaneus, & tacite cum glossa pertranseunt, Cyn. Bald. Alber. Angel. expresse affirmat Salycetus, Qui principi, (inquiens) obloquitur, si non iniuriose, à iudice condemnari debet: alias si iniuriose, debet ad principem rescribere.

Videtur, quod non teneantur. Quia præcipua ratio, ob quam pœna capitalis & similitudo supplicii infertur, in dominis terrarum non obtinet: Vt proinde & dispositio cessare videatur.

Et inuenio ego, Augustum & Tiberium Pasquillos non magni fecisse, vt refert Sueton. in Augusto, cap.55. & in Tiberio, cap.28.31. Ratio petatur ex traditis per *Tiraquel. de nobilit. c.37.nu.127.* Addatur & exemplum Theodosii ex historia tripartita, *lib.9.c.32.*

Aliis alius sensus fuit, qua de re videatur *Alber. Gentil. de legat. libr.2. c.20. & Iacob. Menoch. de arb. iudic. lib.2. cent.4. casu 377. num.8. Petr. à Placa in epit. delict. lib.1. cap.4. num.1. Delrio in remiss. pag.225.* vbi materia *d. l. vnic.* bene resoluta est, eo vos remissos volo.

Decet quidem principes clementia.

Quo quisque est maior, magis est placabilis iræ,
Et faciles motus mens generosa capit.

Sed adhibeatur prudentia. Si libellus eo spectet, vt subditorum animi à principibus abalienentur, graui animaduersione opus est.

227 Porro vt quis ob carmen *k* aut libellum famosum damnetur, & non modo intestabilis efficiatur, sed etiam similitudine supplicii teneatur, requiritur I. Vt sit author, vel quasi author, id est, qui publicauit. Qui enim libellum famosum se inuenisse dicit, is quasi author dicitur, & verus author esse præsumitur, nisi ostendat eum, à quo habuerit. *Cephal. cons.341. num.27. cum multis seqq. Menoch. de arbitr. iudic. libr.2. centur.3. casu 263. numer.38. & sequentibus. Plac. in epit. delict. libr.1. cap.3. num.2.* Et prima quidem editio in quasi authore desideratur. Nam appellatione actus primus accipitur: & semel iam editum denuo publicari non dicitur, *Cephal. consil.341. num.19. & 28. Menoch d. casu 263. num.41.*

k Materia famosi libelli huius loci propria nõ est, cuius plenior tractatio ex sedibus ordinariis petenda erit. Porro vltra *tit. C. de famos. libell. & constit.* tam Imperii, In deß Heiligen Reichs peinlicher Halßgerichts Ordnung/ *c.110.* quã Illustrissimi Electoris Saxoniæ *part.4.c.44.* etiam inspiciendi erunt recessus Imperii, als da seynd der Nürnbergisch von *Anno* 1524. §. Als auch vielgedacht. *fol.*153. der Augspurgisch von *Anno* 1530. §. vnd nach deme. *fol* 188. der Regenspurgisch von *Anno* 1541. §. ferner haben wir. *fol.* 243. die Reformation guter Policey von *Anno* 1548. *fol.*59. vnd der Speyerisch Abschied von *Anno* 1570. *fol.*297. §. wiewol auch/ꝛc. In quibus constitutionibus hæc capita proponuntur.

Erstlich wird zu verhütung aller Pasquillischen Schandschrifften/ den Buchtruckern gewisse Ordnung gegeben/ deren sie sich im trucken zu verhalten/ darzu mag man alle obberührte Recessen ansehen.

Zum Andern wird verordnet/ daß alle famosi libelli, bey wehme sie befunden/ zu confisciren. Daruon handelt die Policey Ordnung/ vnd der Speyrisch Abschied.

Zum Dritten wird statuirt/ wann ein Pasquill bey jemands befunden/ wie mit demselben zu procedirn: deßgleichen/ daß nicht allein der Tichter/ sondern auch der Trucker/ Verkauffer/ vnd bey wehme solche Schrifften außzubreiten befunden/ straffwürdig/ warvon die Policey Ordnung/ neben dem Augspurgischen/ Regenspurgischen/ Speyerischen Receß disponiren.

Vors Vierdte ist in der Policey Ordnung/ auch Speyerischen vnd Augspurgischen Receß versehen/ wañ die ordentlich Obrigkeit jhr Ampt nicht außrichte/ daß die Röm. Keyserl. Maiest. aller gnedigst einsehen thun/ auch der Keyserliche Fiscal derentwegen gegen die vngehorsamen zu procediren haben solle/ welches alles auch von Schandgemählden zu verstehen. Hasce nobilissimas S. Rom. Imperii constitutiones in ditionibus suis strictissime obseruari præcepit Illustriss. Elect. Sax. August. *part.4. constit.44.*

Proceditur autem hoc casu contra quasi authorem, cæteris paribus, ad torturam: *Cephal. d. cons.341. num.30. VVesenb. cons.22. num.11.* nisi forte obiectum fuerit aliquid non punibile: *Menoch. d. casu 263. num.43.* aut Reus sese probationi offerat, vera esse obiecta, *VVesenb. d. cons.22. nu.15.*

II. Vt & diffamatio dolosa, & de crimine punibili facta sit, *text. in d. Nouell. Imperii cap.110. Plac. d. cap.3. num.2. VVesenb. d. cons.22. num.5.* Cæterum si aliter quis diffamatus fuerit, libellus proprie famosus non est, & pœna arbitraria erit, *Menoch. d. casu 263. num.43. VVesenb. d. cons.22. num.5.*

III. Requiritur, vt diffamatio falsa sit. Nam tunc similitudo supplicii locum habet: alias autem, si verum crimen obiectum sit, & diffamator illud probare velit, pœna arbitraria erit, *text. in d. Nouell. Imperii. Constit. Saxon. d. cap.44. Lud. Rom. cons.96. nu.2. Plac. in epit. delict. cap.1. num.5. Couar. lib.1. var. resolut. cap.11. vers. secundo eadem ratione. Clar. d. q.68. num 25. Menoc. d. casu 263. nu.43. Mynsing. obser.4. cent.4.* dicens hoc in Camera ita obseruari.

Huius requisiti amplior resolutio pendet ab illius quæstionis resolutione: an veritas conuitii excuset conuitiantem? In qua plures fuere opiniones, quas ex ordine refert *Oldrad. conf.53. per tot. Ioan. Andr. in addit. ad Speculat. tit. de iniur. in princ. in addit. incip. ipse libellus fundatur. Ludou. Roman d. conf.96. per tot. Panormit. c. cum te. prope fin. de sent. & re iudic. addit. ad Capell. quæst.172.* 228

PRIMA sententia distinxit, vtrum quis verum crimen obiiciat animo infamandi, & tunc teneatur, alias non. *Ioann. Andr. ad Specul. qui dicit, ita sese docuisse post Hostiensem in c. fin. extr. renunc. Panorm. in d. c. cum te. prope fin. vers. prima opinio. vbi se refert ad notata per DD. in d. c. fin. & ibi per Hostiens. in summa: plenius hoc membrum posuit additio ad Capell. Tholos. q.172. num.6.*

SECVNDA opinio fuit *Accursii in l. cum qui nocentem. infra iniur.* qui simpliciter dixit eiusmodi diffamantem non teneri, siue in iudicio, siue extra, verum crimen obiiciat. *Ioann. Andr. ad Specul. loc. præcit. Oldrad. d. conf.53. num.1. Lud. Roman. d. conf.96. num.1. Panorm. d. c. cum te. vers. secunda hæc fuit opinio.*

TERTIA fuit opinio Hostiensis distinguentis, vtrum diffamatio processerit ex culpa illius, qui diffamatur, & tunc non teneatur: puta, diffamatur aliquis de hæresi, periurio, proditione: Aut processit sine culpa, vt, si quis dicatur esse bastardus, &c. & teneatur, *Refert Oldrad. d. conf.53 num.1. Ioan. Andr. loco præcit. Lud. Rom. conf.96. num.1. & 2. Panorm. d. c. cum te. vers. quarta fuit.*

QVARTA fuit opinio Ioannis Teuthonici glossatoris Decreti, *in c. si peruenerit. 2. qu.1.* vt in iudicio verum crimen obiicere liceat, non extra. Hoc tradunt *Oldrad. Ioann. Andr. Lud. Roman. & Panorm. locis relatis.*

QVINTA fuit opinio Dyni, quod aut de conuitio obiecto iniuriatus possit accusari, & tunc non tenetur diffamator. Aut non possit accusari, & teneatur, licet verum dicat, nisi probet, se non animo iniuriandi dixisse, *Ioann. Andr. & Panorm. locis relatis.* Vbi Panor. addit, hanc sententiam congruere cum illa opinione, quæ distinguit: Vtrum reipublicæ intersit, vel non intersit, delicta manifestari. Videtur autem hæc magis in specie distinguere opinionem tertiam.

SEXTA fuit opinio distinguentium, an expediat reipublicæ, id conuitium publicari, & tunc non teneatur. Addit *Ioan. Andr. loco præcitato* DD. hanc opinionem defendentes, non distinguere: vtrum conuitium sit coniunctum cum culpa diffamati, an non sit, vt, quia quis vocatur leprosus, quos conuenit separari ab aliis, &c. Aut non expedit, vt in bastardo, claudo, &c. & tunc teneatur: quum inhumanum & iniuriosum sit, nostros defectus detegi *l.2. C. quan. & quib. quar. pars deb. lib.10.* Addit *Ioann. Andr.* hanc sententiam placuisse Domino suo *in l. si non conuitii. ibidem Petro, Cyno. C. iniuriis.* refert *Oldrad. dict. conf.53. num.1. Lud. Rom. d. conf.69. num.2. Panorm. d. c. cum te.* Et hanc distinctionem communiter receptam dicit *Andr. Gail. obs. pract. lib.2. obseruat.99. num.1.*

Omnes autem hæ doctrinæ sunt imperfectæ. Ideo *Oldrad. Ioann. Andr. Ludouic. Rom. Panorm. locis relatis, & additio ad Capel. Tholos. decis.127.* nouam distinctionem tradunt, ex omnium fere præcedentium interpretum doctrinis concinnatam, cuius summa hæc est.

Aut conuitium verum obiicitur in iudicio agendo vel excipiendo, & tum si probat obiiciens veritatem, non tenetur: Quia iuris executio non habet iniuriam, ita omnes DD. locis relatis. Aut non probat, & tenetur, *Additio ad Capel. Tholos. d. quæst.127. num.5. VVesenbec. conf.22. num.30.*

Declara hoc membrum egregie, vt per *Couar. lib.1. pract. quæst. cap.11. num.6. vers. tertiam ex his. & vers. quartum.* vt tum demum in iudicio crimen obiiciens excusetur, si vel quis excuset aliquem de crimine ordinarie, vel si extra casum accusationis obiectio criminis: 1. ad negocium, de quo tractatur, conferat: 2. & sine rixa vel verbosa litigantium contentione, legitime puta excipiendo, replicando, duplicando, triplicando obiiciatur. Quod bene notandum.

Aut conuitium verum dicitur extra iudicium.

Et tunc aut obiectio fit per libellum famosum, & tum secundum canones excusatur, si prodeat in publicum, & illud probet, *Ioann. Andr. loco præcitato. Oldrad. d. conf.53. num.3.* dicens, hoc placere Canonistis *per cap.1. & 2.5. quæst.1. Panor. d. c. cum te. prope fin. vers. secundo casu. addit. ad Capell. Tholos. d. q.127. num.6. Clar. in prax. crimin. §. fin. q.68. num.25. & alii relati per Menoch. d. casu 263. num.43.*

In contra-

In contrarium est veritas, habemus clarum textum *in constitut. Nouell. præcitata*, & *in constit. Saxon.* Vnde apparet, diffamantem hoc casu arbitrarie puniri.

Aut conuitium fit extra libellum famosum. Et tum aut conuitium dicitur ex causa, aut sine causa.

Quando conuitium 1. verum est, & conuitium dicens, 2. causam dicendi habuit, tum non tenetur. Hæc enim duo coniuncta 1. id est, veritas conuitii: 2. & causa dicendi ab iniuria excusant. *Ita Oldrad. consf.53. num.2. & 3. Ioann. Andr. loco præcitato. Panormit. d.c. cum te. ad fin. Lud. Rom. consf.96. num.2. & 3. additio ad Capell. d. decis.127. num.7.* Et quidem in dubio præsumitur, conuitium causa contumeliæ dictum esse, *VVesenbec. d. consf.22. num.15.*

Verum aduerte, quosdam circa hoc membrum parum considerate loqui, quod & *Andreæ Gail. d. obseru.99.* accidit, vbi illam doctrinam, vtrum reipublicæ intersit, vel non intersit, cum hac nostra distinctione, vtrum ex causa vel sine causa dicatur, confundit, quasi scilicet isto casu, vbi reipublicæ interest, iniurians causam conuitii dicendi, altero, vbi reipublicæ non interest, nullam dicendi conuitii causam habuisse videatur.

Ideo obseruandum, quod *Oldrad. Ioan. Andr. Lud. Rom. Pauorm. & alii*, causam hic intelligant finalem vel impulsiuam.

Hæc enim ipsorum sententia est, eum tantum 1. qui & verum conuitium obiicit: 2. & causam finalem vel impulsiuam probabilem habuit, ex qua permotus fuerit ad obiiciendum crimen, excusari.

Talis enim causa finalis vel impulsiua voluntatem & animum iniuriandi tollit.

Non ergo satis est, 1. conuitium verum esse: 2. & reipublicæ interesse, ad hoc, vt quis excusetur: sed necessum omnino est, obiicientem crimen, ex causa, quæ subest, ad obiiciendum fuisse permotum, alias causam subesse haudquaquam sufficit, si quis non ex illa, sed ex animo iniuriandi, aut calore iracundiæ in rixa ad conuitium dicendum fuerit permotus, *Couarr. d.c.11. num.6.* vbi ait: siue in iudicio, siue extra dicatur conuitium, etiam verum, cuiusque noticia reipublicæ intersit: praua tamen intentione & animo iniuriandi, peccatum esse non omnino ab actione iniuriarum liberum: & qualiter scribit *Oldrad. d. consf.53. num.4.* licet factum vel dictum sit bonum vel vtile in se, si tamen malo modo & animo fiat, puniri. Nam Christum, inquit, crucifigi, & bonum & vtile fuit: quia per hoc redempti sumus: tamen facientes digne puniti sunt: quia malo animo fecerunt.

Hæc contra eos notanda sunt, qui vbi reipublicæ interest, dicentem verum conuitium, statim omni culpa liberant, quasi hoc casu causa dicendi subsit: quum hoc solum spectari non debeat: Vtrum causa subsit, vel non subsit: sed vtrum ex ea causa conuitium dicens, ad obiiciendum permotus fuerit, vel non.

Tria ergo sunt necessaria hoc casu: 1. Veritas conuitii: 2. vt causa subsit. 3. Vt ex ea causa permotus quis fuerit ad conuitium obiiciendum.

Vtrum autem quis ad conuitium obiiciendum ex causa subsistente, vel praua intentione permotus fuerit, ex materia subiecta facillime constabit.

Cui reipublicæ salus curæ & cordi est, is in obiiciendo crimine moderate sese præbebit, & locum, tempus, atque alia obiectioni opportuna spectabit. Aut accusatorem, aut denunciatorem aget, aut alias boni viri officium exequetur.

At qui in rixa crimen obiicit, alias id minime facturus, illum ego duplici pœna dignum iudico: Primo, quod vtilitatem reipublicæ neglexerit, & eam rem, cuius manifestationem reipublicæ vtilem esse iudicauit, non denunciarit. Secundo propter animum iniuriandi.

Aut obiectio fit sine causa, id est, licet causa subsit, ex ea tamen conuitium dicens, permotus non fuit, quod & in dubio præsumitur: puta, si in rixa obiectio fiat, & talis tenetur, *Oldrad. Ioan. Andr. Ludouic. Roman. & Panorm. locis relatis. Gail. dict. obseruat. 99. numer.4.* Ratio, quod non sufficiat veritas conuitii, sed requiritur, vt absit libido & voluntas iniuriandi. At vbi iniuriandi animus adest, iniuriarum actio datur, etiamsi verum esset conuitium, DD. locis præcitatis, late prosequitur *Thom. Gramm. decis.37. num.5. & sequ.* quæ est communis, *VVesenbec. consil.22. num.15. & 31.* Verum *additio ad Capell. dict. decis.127.* dicit *Hostiensem* in hoc vltimo membro subdistinxisse, vtrum expediat reipublicæ talia nota esse, vel non. Sed illa tamen additio transit cum communi.

IV. Quo

IV. Quo ad verum authorem libelli famosi requiritur, vt ipse nomen suum in libello famoso non scripserit, *text. in d. Nouell. Imperii c. 110. & Constit. Saxon. d. cap. 44.* quanquam in hoc vim non faciendam esse existimarit *VVesenb. d. cons. 22. num. 5.*

V. Et vltimo, vt quis intestabilis sit, desideratur, vt ob carmen famosum fuerit condemnatus. *dict. l. is cui. § fin. d. l. ob carmen supra de testib. d. l. lex Cornel. § si quis librum.* Nam accusatio proposita non sufficit, *d. l. si quis. 9. h. tit. n.* Vti nec condemnatio, si appellatio ea de re interponi possit, *d. l. qui à latronibus. 13. §. fin. h. tit. n.*

Hisce concurrentibus author, vel quasi author libelli famosi intestabilis est. 22.

Amplia 1. Nam licet publicatio facta in hac materia necessario desideretur, vti omnibus iuribus præcitatis probatur, *Cephal. dict. consil. 341. num. 17. Menoch. d. cas. 263. num. 36. 37.* Tamen si quis libellum famosum composuit, etiamsi illum non publicarit, neque publicandum curarit, publicatione quolibet modo facta, eadem cum illo pœna feriendus est, qui & composuit atq; publicauit, aut aliis publicandum tradidit, *Menoch. d. casu 263. num. 36.* At certior est hac de re Cephali sententia. *d. consil. 341. num. 15. 16. 17. 18. d. l. lex Cornel. §. fin.*

Credit Menochius hoc casu componentem ordinaria pœna feriendum. 1. Quia is primam causam infamandi præstitit. 2. Dici non potest eum facti pœnituisse: quia si pœnituisset, poterat facilime dilacerare, aut comburere. Nunc quando penes se retinuit, præsumitur ipsius consensu factam publicationem.

At Cephalus loco præcitato ex textu *d. §. fin.* docet cum scriptura aut compositione requiri editionem, & contendit textum loqui copulatiue. Quod verum de editione iuncta aut cum scriptura, aut cum compositione.

Quare in nostra facti specie distinguendum ego arbitror. Si enim quis Pasquillum composuerit, non autem publicarit, neque publicandum curarit: sed tamen illum librum ita negligenter tractarit, vt facile ad aliorum manus peruenire posset: tum præsumo ipsius voluntate editum: & si penes me facultas esset, cæteris paribus veritatem quæstionibus elicerem.

Si quis autem Pasquillum secreto, clam & ita penes se retineat, vt inde liqueat, absque illius voluntate editionem factam, isto casu haudquaquam Menochium sequerer. 1. Fieri enim potest, vt scriptorem facti pœnituerit: qui tamen obliuione ductus, id scriptum non discerpserit. 2. Deinde iura requirunt editionem.

Amplia 2. Vt idem sit in famosis picturis, quod ex recessibus Imperii admisit & Constitutio Saxonica *d. cap. 44.* 23.

Amplia 3: Aliis modis, vt per Vasquium *de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 164.*

Declara 1. Nam offerens se probationi, & probans, arbitrarie solum punitur, *text. in d. Nouell. Imperii. & in d. Constit. Sax.*

Declara 2. in eo, qui sponte fatetur delictum, *Menoch. dict. casu 263. num. 43.*

Declara 3. in libello famoso contra defunctum, *Cephal. d. cons. 341. n. 34.* Arbitrarie tamen talem teneri constat, *VVesenb. d. cons. 22. per tot.*

Videntur tamen hi omnes tres esse intestabiles. Etsi enim hæ limitationes eo spectent, vt author, vel quasi author pœna ordinaria libelli famosi non teneatur: nil tamen obstat, quin pœna extraordinaria coherceri, eoque ob carmen famosum condemnari possit: vt proinde intestabilis efficiatur. Sufficit enim ob carmen famosum, quem condemnatum, vt intestabilis sit: neque iura distinguunt, ordinariane an extraordinaria pœna condemnatus afficiatur *d. l. is cui lege. §. fin. d. l. ob carmen. d. § si quis librum.*

Verum

Verum ego arbitror in hisce casibus authores, vel quasi authores libellorum famo- orum intestabiles non effici. Ratio:

1. Nam in primo casu cessat requisitum substantiale, puta, falsitas conuicii. Quare alis libellus proprie non dicitur famosus, neq; condemnatus ad pœnam arbitrariam, ropric ob carmen famosum condemnatus dicetur. Vbi enim requisita substantialia, proinde definitio cessat, ibi etiam cessabit definitum.

2. Ita in secundo casu, si quis sponte confitetur, cessat substantia. Requiritur enim iffamatio dolosa, daß einer gefährlich geschmähet werde / damit er in gefahr gebracht erde. Hic dolus purgabitur, & cessabit, si diffamator vltro & sponte delictum fatea- ur, dann dadurch wird der diffamatus gesichert vnd entschuldiget.

3. In tertio quoque casu cessat substantia libelli famosi: Quia requiritur, vt quis iffametur de crimine punibili, vt clare Constitutio Nouella Imperii exigit. At in mor- tos pœna non cadit: Quia mors omnia soluit, nisi iis in casibus simus, vbi etiam me- oria defuncti damnatur.

Hactenus explicati sunt omnes textus in ff. qui ad primum requisitum spectant. unc reuertimur ad textus C. & ea, quæ nobis ibi restant, Deo volente, absoluemus.

Omnes textus, qui in C. *sub tit. qui testam. fac. poss.* extant, ad hanc materiam spe- ınt. Aut enim explicant, qui testari non possint, aut exempla eorum, qui testari pos- nt, proponunt.

X. Hinc infertur, cæcum, id est, vtroque lumine carentem, testari on posse, §. *cæcus. ibi DD. Instit. quib. non est permiss. fac. testam.* nisi obseruet lennitatem *l. hac consultissima. 8. ibi DD. C. qui testam. fac. poss. Specul. tit. de in- um. edit. §. compendiose. num. 5. vers. decimosexto cæcus. Bart. in l. 4. num. 4. ibi ld. num. 4. h. tit. n. Panormit. ad rubr. vers. decimooctauo extr. eod. Philip. Franc. rubr. vers. quarto prohibetur testari. eod. tit. in 6. Rolandin. de testam. rub. 2. n. 16. lect. de art. testandi, tit. 1. caut. 8. Ioann. Crot. consil. 121. num. 15.*

Declaratio *l. hac consultissima. 8. Cod. eod. qui testamen. fac. poss. vsq; ad n. 140.* Rationem decidendi vide apud *Menoch. de præsumpt. lib. 4. tom 1. præsump. 6.* An solennitati huius textus per statutum derogari possit, tradit Angel. *in tract. de testam. in pr. num. 16. cum seqq.* Et de forma testamenti à cæco conditi, vide etiam Rolādin. *de vlt. vol. rub. 61.*

Porro *d. l. hac consultissima. l* dispositio hæc est.

I. Ad testamentum cæci exigitur, vt testes septem vocentur vna cum bulario, aut si tabellio haberi non possit, adhibeatur eius loco testis o- auus literarum peritus, *d. l. hac consultissima. ibi DD. & Bald. num. 1. Ias. nu. 1. ilip. Franc. loco relato. vers. primo requiritur. & versic. septimo. Rolandin. de te- m. rub. 61. nu. 4. Clar. §. testamentum q. 17. nu. 1. Dilect. tit. 1. cautela 8. nu. 2. vers. ınto necesse est, Nepos à Monte Alban. de testibus. n. 80.* Etsi ergo in scriptis non tetur, sed nuncupatiue, tamen cogitur adhibere Notarium, qui testa- entum nuncupatiuum redigat in scripturam: quum secus sit in aliis, qui e Notario coram testibus voluntatē suam nuncupare possunt, *l. hered. am. 21. infr. testam.* Et sic noster casus vnus de illis est, qui requirunt scri- uram, de quibus est *glos. ordinaria in c. 1. de censib. Philip. Franc. loc. præcit. vers. rto quod declaret. Castr. d. l. hac consultissima. num. 2.*

II. Requiritur, vt testetur nuncupatiue, non in scriptis: quum literas lere nequeat, *d. l. hac consultissima. ibi DD. & Castr. num. 1. Alex. num. 2. c. num. 4.* Nouella tamen Leonis 69. cæcis secreto testamentum facere rmittit.

III. Requiritur, vt carentes oculis tabulario præsente, & cunctis ibi- n collectis testibus, primum ad se conuocatis, omnes, vt sine scriptis tentur, edoceant, *d. l. hac consultissima.* Quum in aliis ista verba testibus i necesse non sit, sed sufficiat, quod coram testibus conficiatur testa- entū, & illi rogentur de testimonio, *l. in testamentis. 26. C. de test. Castr. d. l. consultiss. n. 3. Phil. Franc. d. rubr. loc. præc. vers. quarto quod declaret. Roland. de am. rub. 61. n. 5. vers. secundo requiritur. Modest. Pist. consil. 1. n. 18. lib. 1.* Existi- int tamen aliqui, hanc præfationem in testamento cæci omissam non iare: quū sit leuis solennitas, *Ias. in d. l. hac consultissima. n. 1. ibi Dec. n. 5. & 6.*

IV. Requi-

IV. Requiritur, vt testator exprimat nomina specialiter hæredum & dignitates singulorum & indicia, ne sola nominum commemoratio quicquam ambiguitatis pariat. Ergo vbi ex nomine ambiguitas vel incertitudo nulla nascitur, illud exprimi satis est, *d.l.hac consultissima.ibi Cyn.num.7. Bart.num.2. Bald. num.3.4.5.Castr.num.5.6. Alex. num.3.4 8.9.11. Ias.num.11. 12. Dec.num.14. vsque 23. Philip.Franc.loco pracit. vers.secundo quod exprimatur. Sim.de Prat.de interpr. vlt.volunt.lib.3 interpret.1.dub.4.solut.1.num.1.Mant.de coniect.vlt. volunt.lib.4.tit.3.num.9.cum seqq.*

V. Requiritur, vt palam edicat testator nomen hæredis, & ex quanta parte, vel ex quot vnciis in successionem admitti debeat, & quod vnumquemque legatorum seu fideicommissariorum alloqui velit, *dict. l. hac consultiss. ibi DD. & Bald.num.1. Philip.Franc.loco relato. vers.tertio quod palam exprimat.*

VI. Requiritur, vt omnibus ex ordine peroratis, vno eodemque tempore & loco, sed & tabularii manu conscriptis, instrumento deinde testamenti à tabulario & septem (vt dictum est) testibus subscribatur & cõsignetur, *d.l.hac consultiss.ibi DD.& Castr.num.4. Alex.num.5 Ias.num.1.Dec. num.24. Philip.Franc. loco præcit. vers. quinto. & vers. sexto. Roland. de testam. rubr.61.num.7.vers deinde, & vers.demum, Dilect.d. cautela.8. nu.3. vers septimo oportet.* At in aliis testamentis nuncupatiuis, etsi in scripturam redigantur, testes sese non subscribunt: sed Notarius attestatur de eorum præsentia, vt videmus cotidie fieri, per notata *gl. in Auth.de hæred.& falcid.§ si vero absunt.verb.ergo. Castr.d.l.hac consultissima.nu.4.Idem Castr.l.pen.nu.3.h.tit.n.*

VII. Aliqui requirunt, vt hæredis institutio præponatur legatariis, cæteroquin testamentum concidere existimantes: Et hoc ius singulare esse dicunt, contra §.*ante. Institut. de legat.* introductum. Tum quod omnia, quæ *in d.l.hac consultissima.* disponuntur, pro forma intelligantur requisita, *m* vt videtur probare *textus ibi, ex ordine peroratis.arg.d.§.cæcus Instit.quib. non est permiss.fac.testam.* Tum quod quicquid principi placet, vt sit ordo, perhibeatur ordo substantialis. Ita sensit *Richard. de Malumbr.* *n* quem secutus est *Cyn. num.5. Bart.num.1. Aretin.& Dec.num.7.8.9. Rolandin.de testam. rubr.61.num.6.vers.tertio requiritur*, vbi notarium instruit, vt pro euitandis opinionibus doctorum sententiam sequatur. *Dilect. tit.1.cautela 8.num.2. vers.3.* qui tamen tenet, huius ordinis omissioné non vitiare testamentum.

m Quæ intelligantur requisita pro forma, tradunt *DD.in d.l.hac consultissima. ibi notanter Alex.nu. 3.4.10.melius Ias.ibi. & optime Dec.nu.14. vsq. 24.Rolan à Vall. cons.82. per tot.libr.1.*

n Fuit Professor Patauinus, à Cyno, Bartolo & plerisq; cõmendatur, quod inter suæ ætatis Iureconsultos doctissimus fuerit, & argutiis neglectis, simplicitati atque perspicuitati operam dederit. Mortuus est Venetiis Anno 1334. die 4. Iunii. Eius sepulchrum est Venetiis in cœmeterio SS. Ioannis & Pauli. Fuit Senatui Veneto charus: Forsterus.

Contrarium tenuit post *Speculatorem Bald.ibi numer.10.11.12.* vbi dicit, *Richardum & Cynum* non dicere veritatem. Sequitur *Castren. numer.5. & Ias.num.1.2.3.* qui pro huius sententiæ defensione septem fundamenta adducit. Addit *Bald.* si contraria opinio consisteret, cæcum ante testamentum codicillos facere non posse, quod falsum sit, §.*sed quum ante. Institut. codicill.* Quinimo si ordo hic substantialis foret, cæcus semper post hæredis institutionem legata relinquere cogeretur, vt *Vigl. in d.§ cæcus.* annotauit.

Verum has opiniones inter se conciliauit, *Alex.dict.l.hac consultissima. num.17.*

Sit sane hoc pro forma (inquit) requisitum, vt hæredis institutio præcedat. At omissio tamen non vitiabit. Quia licet, inquit, derogatum esset *per dict. leg. hac consultissima* textui *in dict. §. ante. Institut. de legat.* Tamen proinde non esset derogatum aliis iuribus, quæ dicunt, omissionem formæ leuis nihil officere. Est autem solennitas leuis, quæ non est ratione munita, aut cuius omissio substantiam non mutat, vel cuius omissio nullius præiudicii est, *Ias.ibi n.1.* Idem tradunt *DD.in l.nemo.infra legat.1.*

VIII. Ad-

VIII. Addit *Philip. Franc. loco præcitato. verſ. octauo.* requiri, quod dicta ſcriptura deponatur penes Notarium, vel vnum de teſtibus, *d. l. hac conſultiſſima. verſ. libera poteſtate, &c.*

IX. Requiritur, vt quemadmodum in aliorum teſtamentis neceſſarium eſt: *d. l. hæredes palam. §. fin. h. tit. n.* Ita etiam in teſtamento cæci omnia vno contextu expediantur, *text. in d. Nouell. Imperii,* **von Notarien/** *loco præcit. Dilect. d. cautela 8. num. 1.*

33 Porro quum id teſtatoribus, mortis cogitatione turbatis, maxime in amplioribus hæreditatibus difficillimum ſit: quum forte non omnium habeant memoriam, & proinde vltimam Voluntatẽ ſuam perfecte condere nequeant: Hinc Imperator Iuſtinus *in d. l. hac conſultiſſima.* Compendiariam viam teſtatoribus proponit, vt vno aut pluribus diebus tabulario elogia ſua proponant, eaq; conſcribi curent, vt poſtea teſtibus vna conuocatis, ſecundum formam propoſitam recitentur omnia & continuo debitum accipiant complementum, *d. l. hac conſultiſſima. verſic. at quum humana. ibi DD. & præcipue Caſtr. & Alex. num. 6. Iaſ. num. 11.*

Et hæc vera, quando liquido conſtat, teſtatorẽ commiſiſſe Notario, *o* vt ille teſtamentum ſcriberet & poſtea recitaret. Sed ſi de hoc non conſtaret, an ſufficiat lectam eſſe ſcripturam coram teſtibus, & teſtatorem cæcum, vel etiam non cæcum, iſtud pro ſuo teſtamento agnouiſſe, maxima apud interpretes altercatio eſt, vt teſtatur *Alexan. d. l. hac conſultiſſima. num. 6.* In qua ſic diſtinguendum eſt.

o Sed quæritur, an duplicis generis teſtes neceſſarii ſint: aliqui qui teſtificẽtur de teſtamento: aliqui qui teſtimonium perhibeãt de commiſſione, quæ teſtamentum præceſſit? Reſpon. Viam vtique tutiſſimam eſſe, vt & ſuper commiſſione teſtes adhibeantur. Sed ſi adhibiti non ſint, tenendũ, ſi ſubſtantialia teſtamenti ad interrogãtionem à grauiter ægrotante concurrant, vt quia (1) teſtator eſt liberæ voluntatis, *Molin. ad Dec. conſ. 489. verb blandis. Menoch. libr. 4. præſumpt. tom. 1. præſumpt. 8. num. 29.* & articulate loquitur, (2) eo modo, vt in *dict. §. at quum humana.* traditur: atque (3) de animo teſtandi conſtat, teſtamentum validurum, *Alciat. conſ. 77. num. 14. 17. 18. lib. 9.* At ſi teſtator ita clare, vt in *d. §. at quum humana.* habetur, ſententiam ſuam non expoſuerit: ſed tantum per monoſyllabam (S I C) ad interrogationem reſponderit: Alciatus illorum opinionem ſaluari poſſe exiſtimat, qui & ſuper commiſſione teſtes requirunt.

Aut liquido conſtat, præceſſiſſe teſtatoris commiſſionem, & res apud omnes expedita eſt. Ita intelligendi DD. qui tale teſtamentum valere tenent, vt dicit *Molin. conſ. 31. num. 2. Cephal. conſ. 546. num. 94.*

Aut liquet nullam teſtatoris præceſſiſſe commiſſionem, & talis Voluntas vtpote ſuggeſta non valet. *Molin. d. conſ. 31. nu. 1.* vbi ait, ſe ſemper ita tenuiſſe legendo & conſulendo.

Aut ſumus in dubio, & gloſſa quidem ſolennis *in leg. iubemus. 29. verb. quemadmodum. C. de teſt.* exiſtimat teſtamentum valere. Quam *Iacob. de Are. & Alber. Papienſ.* multis rationibus impugnant. Et licet gloſſæ ſententia creberrime à DD. noſtris recepta ſit: tutior tamen Papienſis ſententia videtur: quum textus, quo illa gloſſa præcipue nititur pro validitate teſtamenti nequaquam ſolius Notarii interrogationem cum teſtatoris ſubſequuta reſponſione, ſed multo plura, & nominatim 1. commiſſionẽ à teſtatore factã: 2. profeſſionem teſtatoris, quod nuncupatiue teſtari cupiat, eoq; nomine teſtes conuocari iuſſerit: 3. chartæ recitationem: 4. teſtatoris proteſtationem, & publicationem coram Notario & teſtibus factam: quod elogium illud ſuum agnoſcat, & ex animi ſententia, quæ lecta ſint, *p* diſpoſuerit: 5. omnium teſtium & Notarii ſubſcriptionem atq; ſubſignationem deſideret, atque huc etiam textus *l. Pamphilo. 38. §. propoſitam. infr. legat. 3.* pertinet. Videantur autem de hac inſigni materia p *DD. in d. l. n. omnes DD. ordinarie in d. l. iubemus. ibi gloſſ. verb. quemadmodum. quam Azonis fuiſſe Ang. ibi n. 4. memoriæ prodidit. DD. omnes in l. hæredes palam. in prin. ibi Bart.*

p Adde ad hanc materiam ampliſſ. expoſitionem *Dn. Menochii de præſum. lib. 4. tom. 1. præſum. 8. per tot.* quę tamen cum iudicio inſpicienda erit.

R *num. 9.*

num.9.dicens, sententiam præcitatæ glossæ obseruari. Bald.num.5. qui veterum sententias refert. Castr.num.4. Alberic. de Rosat.num.3.dicens, sententiam Iacobi de Aren. per modernos communiter reprobari, per fundamenta ab eo adducta, & notanter Ioann. de Imol. prope fin.h.tit.n. DD.in l.1.§.si quis ita.ibi eleganter Carol. Molin. num.31.infr. verb. oblig. Specul. tit.de testam.in princip.num.9.ibi Ioann. Andr. in addit. incip. q *quidam. vbi Alberici argumenta & distinctionem proponit. Ang.in tractat. de testament. gloss.14. num.3. Couar. cap. cum ibi. num.4. de testam. Dilect. de arte testandi tit.4. caut.2. num.3. Gabr. Roman. recept. conclus. lib.4. tit. de testam. conclus.2. per tot. Vasqu. de success. creat. lib.2. §.14 num.42. & seqq. & §.17. num.52. vbi contra Alber. communem defendit, & num.55. vbi fundamenta communis opinionis refert. Franc. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib.2. tit.6.num.5. Alciat.consil.77.per tot.lib.9. Carol.Molin.consil.31. num.1.cum mult. seqq. Tiber. Decian. consil.65.num.14.15.16. lib.2. Cephal. consil.546.per tot.& maxime num.94. qui de sententia Pauli Leonii distinguit. Clar. §. testamentum. q.37. num. 2. cum sequentib. qui Cæsarea decisione in hoc passu opus esse iudicat. Soarez. ad Gomez. tomo 1. capit. 2. num.6. versic. ex supra dictis consequitur etiam. Elegantissime Guilhelm. Benedict. qui pulchram facti speciem, argumentis pro vtraque parte propositis, tractat in repet. cap. Raynutius. verb. in extremis positus. num.37. vsque ad fin.extr. testam. Graff. §.institutio. q.17. num.5. vsque ad fin. Addatur & Constitutio Imperii* von Notarien/ *Anno 1512. Coloniæ erecta, sub rubr.* von Testamenten/ *in versic.* Aber zu eines blinden Testament/ rc. *Adde quæ dixi infr. in materia institut. hæred. requisito quinto, vers. infertur tertio.* Et de intellectu *d.§. propositum* consulantur *DD. in d.l.1.§. si quis ita. ibi Rip. num.8. Alciat. num.12. Bologn. num.66. Alphan. in reportat. num.57. & Delrio in remiss. fol.95. Alciat. lib.3.* παρέργ. *cap.23. Thom. Gram. decis.73. nu.4.5.6. Iacob. Menoch. de arbitr. iud. lib.2. cent.5. casu 496. num.25. & 46. Cuiac. lib.9. obseruat. cap.37. Ruin. cons.9. num.8. lib.3. Cephal. cons.437. num.78. Zunt. in respons. pro vxore. num.356. quibus adde quæ dixi infr. ad l.fin.h.tit.n.*

q DD. inter se de sententia Ioannis Andreæ disceptãt, vt testis est *Alex. in d.l.iubemus.num.9.*

Nam aliqui testati sunt illum amplexum esse sententiam Alberici Papiensis, è quorũ numero sunt *Anton. de Butr. in c.cum tibi. de testamentis. Castrens. in l. hac cõsultissima. §. at quum humana. num.2. C. qui test. fac. poss. idem cons.155. Viso puncto & alli. gationib. num.2. lib.1. Ludou. Rom. in l. gerit. n. 10 ff. acquiren. hæred. vide quid dicat in l. hæredes palam. in pr. num.2.*

Verum Imola *in d. c. cum tibi.* dicit illum sequi opinionem glossæ *in dict. l. iubemus.* quod & Alex. voluit, & hæc sententia verissima est, quum ille disertis verbis profiteatur glossæ opinionem esse veriorem, *Alex. cons.33. num.9. libr.3. Ruin. consil.12. num.12. lib.2.*

Glossa *in d. l. iubemus. verb. quemadmodum.* quam Azonis fuisse *Ang. ibi num. 4.* scribit, habet hanc quæstionem: Quid (inquit) si alius exprimat (id est, nomen hæredis) & ille (id est, testator) profiteatur se agnoscere verbis? Respondet hoc sufficere, allegans in id textum *l. hac consultissima. §. at quum humana. C. qui testam. fac. poss.*

Hanc quæstionem *Cyn. in l. iubemus. & ibi Alberic. de Roz. num.3. Ang. num.4.* sabbatinam: *Corn. autem cons.319. num.1. lib.1.* magnam, *Menoch. lib.4. de præsumpt. tom.1. c.8. num.1.* grauem & controuersam appellant. Addit *Iul. Clar. in libr. recept. sentent. § testamentum. qu.37. num.8.* eam decisione Cæsarea opus habere.

Et male ii rebus suis consulunt, qui testamentorũ confectiones vsq; ad extremum vitæ halitum differunt. Plerunq; enim eiusmodi testamenta pluribus quam alia impugnationibus subiacent, quorsum *& Constitut. Saxon. part.3. tit.5.* confert. Vnde Carolus Magnus laudatur, quod bellis confectis, triennio ante mortem testamentum condiderit. *Benedict. verb. in extremis positus. num.45.46.*

Porro quum circa hanc illustrem varii casus in considerationem venire possint: ego pauca quædam ea de facti specie adducam, quando à moriente, aut ab eo, qui valde infirmus est, testamentum ad interrogationem conficitur. De hac enim plurima ab interpretibus disputata sunt: ad quam etiam præcitata constitut. Saxon. pertinet. Illa enim loquitur, Wann ein Testament auff dem Todtbett von einem / der sehr schwach ist / gemacht worden.

Quando autem constat, testatorem esse sanæ mentis & corporis, & carere omni vexatione propinquorum, testarique voluisse: nullum dubium est, quin testamentum ad interrogationem factum, cæteris paribus, subsistat, *Menoch. de præsump. lib.4. tom.1. præsumpt.8. num.9. vers. primus casus.*

Themate constituto, distinguendo progredior, vt ad casum illum, in quem interpretum nostrorum disputationes collimant, via nobis apetiatur.

Sic

Sic ergo distinguo:

Aut constat præcessisse testatoris commissionem aut Voluntatem, secundum tradita *in d.l. hac consultissima.§.at quum humana:* & inter omnes constat, valere dispositionem testatoris. Hoc primum membrum distinctionis posuit *Nicol.de Matarellis*, quemadmodum eius sententiam, de notario testatorem interrogante, exponunt *Cyn.in d.l iubemus.num.5.ibi Alberic. de Roz. num.3.plenius Bald.num.4.Salyc.num.4.dicens omnes hic concordare.*

Aut certo constat, nullam eiusmodi præcessisse commissionem vel Voluntatem: sed totam tractationem ab alieno arbitrio processisse: & deinde chartam obtrusam atque recitatam esse morienti, vt eius responsum eliceretur, quale thema inter consilia Molinæi *cons.31. 32. 33. 34.* exstat. Hæc dispositio nihil valet, *Ias. d.l.iubemus.num.12. Bologn.in d.l.1.§.si quis ita.num.58.59. Ludouic.Roman.consil.306.num.7.in fin.ibi bona additio, dicens hanc communem, quicquid in contrarium doceat Alex. consil.33.num.11. lib.3.plures cumulat Mant. de coniect.vlt.volunt.lib.2.tit.6.num.10.*

Hoc secundum membrũ distinctionis antiqui DD nõ ponunt: sed simpliciter ita procedũt, vt dicant: Aut præcessisse commissionem, aut nullam præcessisse. Si nulla præcesserit: aut testatorem articulate loquutum, aut non. Hisce tribus membris illi vniuersam doctrinam cõcludunt. Ex recentiorum autem doctrina magis perfecte distinguere possumus, vt hic.

Et licet *Menoch. d.præsumpt.8.num.24. vsque ad 29. maxime num.28.versic.extenditur tertio.* testamentum tenere contendat: etsi testator graui infirmitate oppressus, ab amicis vexationem patiatur: & non constiterit, illum animum testandi habuisse: Tamen hæc ipsius sententia vera non est, & cum receptis theoricis pugnat.

Tum (1) quod ne in milite quidem simplicia verba ad testamentum sufficiant: sed necessarium omnino sit, vt constet, serio illum testari voluisse. Idem & quidem multo magis in testamentis paganorum requiritur, iis præsertim, quæ ad interrogationem à grauiter infirmis conficienda sunt, *Corn.consil.232.num.4. consil.319. num.1.& 2. lib.1.idem consil.261.num.18.lib.4. Crauet. consil.117. Couar. cap.cum tibi num.4. Decil.d.cautel. 2. num.1.* hanc magis communem, *Gabr. Roman. dict. conclus.2. num.10. versic. tertio limita. Clar.d.quæst.37.num.7. Mant.d.tit.6.nu 9.& 10.* magis æquam & magis tutam dicit *Clar. ibidem.*

Tum (2) quod perperam ille ex insufficienti partium enumeratione argumentetur: Testator sanæ mentis & liberæ Voluntatis est: Ergo nulla falsitatis suspicio esse potest.

Nam etsi testator sanæ adhuc mentis & liberæ Voluntatis sit: tamen fieri potest, vt moriens in agone constitutus, aut graui atque mortifero morbo oppressus, ad se exonerandum respondeat: id quod creberrime à grauiter ægrotantibus fieri nostri interpretes obseruarunt.

Firmissime ergo hoc contra illius nouam opinionem teneatur: testamentum à moriente aut grauiter infirmo, ab amicis vexato, conditum, nequaquam valere: nisi constiterit animum illum testandi ante illam vexationem habuisse.

Aut sumus in dubio, & siquidem testator hactenus vi morbi oppressus sit, vt certo constet illum porro articulate loqui non posse: dispositio nihil valet. Hæc fuit prima pars distinctionis Petri, cum quo DD. *in d. l. iubemus. ibi Cyn. Rayner. Fr. Tigrin. Bart. num 3. Alex. num.4. Salyc.num.4. Alex.num.9. Ias.num.12.& reliqui omnes* conueniunt, vt testatus est *Salycet. loco relato. Gabr. Roman.d.reg.2. Clar.d.q.37.num.6.* dicens ita loqui omnes. *Grass.in lib.recept.sent.§.instit.q.17.num.8.*

Porro decidendi ratio ad hoc membrum est, quod textus *d.l.iubemus.* ad testamenti substantiam scripturam aut nuncupationem testatoris articulatam requirat: nutu autem vel signis testamentum non fieri, inter omnes constat. Ergo quum quidam Episcopus patrem in extremis agentem, ita interrogasset: pater, si vis me hæredem facere, stringe mihi manum, & ille ita fecisset: conclusum est ab omnibus Doctoribus, illam dispositionem testamentum non esse, ita post Petrum Cynum & alios iam ante relatos, docent *in d. l. iubemus. Bart. Bald. num.2. Ang. num.1.& 2. Salycet. num.1. Castr. num.2. Alex. num.2. & 3. Ias.num.4.* qui testatur, ita Perusii fuisse iudicatum, *Ang. in l. hæredes palam. num.3.infr.eod.*

Si tamen testator aliquis ad interrogationem capite annuat, & de eius præcedente voluntate constet, quod testari voluerit: dispositio valebit vt fideicommissum, *l. nutu. r 22. infr. legat. 3. l. & in epist.22. C. fideicomiss. Alphan.ad d.l.iubemus.in report. Zas.in d. l.1.§.si quis ita.num.10. Thom.Grammat.decis.73.num.33. Cephal.consil.546.num.55. adde quæ dico infr.num.485.*

r De intellectu legis *nutu*, & quod illa capacitatem in disponente requirat, vide Angelum, Aretinum, *in tract. de test. arrecent. gloss.5. numer.7. 8. & quæ not. supr. num.193. cum sequentib.* adde Angel *gloss. 14. numer.1. & 2.*

Aut dubium est, num testator adhuc articulate loquatur, quod isto demum casu fieri intelligitur, si in mortis articulo cōstitutus, aut alias graui & mortifero morbo oppressus, nihil aliud ad interrogationem dixit, quam SIC, vel PLACET, aut VOLO. Nam etsi in eo, qui morte aut mortifero morbo non opprimitur: sed citra omnem controuersiam sanæ mentis est, responsio etiam per monosyllabum, (SIC) articulata esse intelligitur: quum eiusmodi testamentum valere communiter nostri dicant: quod sine articulata loquela non valere, omnes asseueranter contendunt: tamen in moriente, aut eo, qui cum graui morbo conflictatur, aliud esse, supra num. 352. annotatum fuit.

Et hoc fuit thema Pylei *quæst. 110.* vbi dixit, nullibi in iure reperiri, quod quis vna syllaba testari possit. Addidit Albericus Papiensis grauiter infirmos & quasi mortuos ad omnia fere vno modo respondere, dicendo (SIC, *Corn. consil. 232. num. 4. consil. 319. num. 2. lib. 1. Marian. Socin. consil. 183. num. 19. 20. Mant. de coniectur. vlt. volunt. lib. 2 tit. 6. num. 5.* etsi perperam dissentiat *Bolognet. d. l. 1. § si quis ita. num. 65.* Et constat ex vno monosyllabo non posse deprehendi mentis sanitatem, sicut ex multis verbis: ideoque Socrates dicere solebat: loquere, vt te videam. Ita Petrus quoque communis opinionis author, contra Iacobum de Arena sensit, & qui cum ipso faciunt: quod videlicet grauiter infirmus, respondendo per vnum monosyllabum, aut per vnum verbum, articulate loqui non intelligatur. Ita enim *Cyn. in d. l. iubemus.* eius sententiam refert: Petrus (inquit ille) ita distinguit: Aut testator erat oppressus morte, ita quod non poterat loqui articulate, hoc casu mortuo est similis, vt dicitur in hac l. & tunc licet dicat (SIC) tamen testamentum non valebit. Nam si quæreretur: interfecisti ne hominem? diceret, SIC. Hæc ille. Sequitur *Castr. l. 1. §. si quis ita. nu. 7. ibi Molin. num. 31. Idem Castr. in d. l. hac consultissima. §. at quum humana num. 2. & consil. 155. viso puncto & allegationibus. num. 2. in edit. nouissima. Ludouic. Roman. in l. gerit. num. 10. ff. acquir. hæred. Alexand. consil. 12. num. 6. libr. 1. Gabr. Roman. dict. conclus. 2. num. 6. 7. Mant. d. tit. 6 num 9. Graff. d. §. 17 num. 7. egregie Alciat. consil. 77. nu. 12. & 17. lib. 9. Cephal. consil. 546. num. 94. Gabr. Mudæus & Ioann. Gamesius inter consilia Molinæi cons. 32. num. 13.*

Dicat aliquis: ex his, quas recitasti, allegationibus, constat, interpretes hunc casum non pro casu dubio, sed pro claro & expedito habere: cur ergo tu responsionem per vnum verbum a grauiter infirmo datam, pro dubio casu refers?

Respondeo, maioris perspicuitatis gratia me hoc facere: quum responsio per monosyllabum sic, aut per vnum Vocabulum, modo pro articulata, modo pro inarticulata sit: In valente, qui citra omnem controuersiam sanæ mentis est, articulata est: In eo, qui in articulo mortis, aut mortifero morbo oppressus est, modo articulata, modo inarticulata habetur. Inarticulata est, si testator ante & post interrogationem nihil aliud dixit, quam hoc, aut volo, aut placet. Articulata haberi potest, si certissime 3 de sana ipsius mente & enixa atque seria testandi Voluntate constat, vt quia iam ante interrogationem dixerat, se ita dispositurum, & curauerat vocari notarium & testes.

3 Hoc tamen in casu, si testator sententiam suam verbis plene & perspicue non exposuerat: sed interrogatus, num Titium hæredē instituere velit, respondeat, quid ni? dispositionem non vt testamentū: sed vt codicillum tantum valituram aliqui cōtendunt, etsi de seria disponendi facultate constet, *Zas. d. l. 1. §. si quis ita. ibi Alciat. n. 10. Molin. n. 28. cum seqq.*

Aut certo constat, testatorem articulate loqui, puta, testator grauiter infirmus aut moriens pluribus verbis ad interrogationem respondit, & sententiam suam ita specificauit & explicuit testibus, vt omnino planum sit, ipsum bene intelligere interrogata, & proinde eius loquelam articulatam esse: quod est posterius membrum distinctionis, à Petro propositæ, quod plenius expressit *Salycet. in d. l. iubemus. num. 4.* Et hic aduerte: Nam ad hoc membrum pleræque DD. disputationes pertinent: In quo maximus iam olim & etiamnum hodie interpretum conflictus est.

Aliqui enim dicunt, hoc in casu glossam *d. l. iubemus.* indistincte sibi locum vendicare, atque ita doctrinam Petri, Rainerii, Cyni *num. 5. Bart. num. 3. Fran. Tigrin. Albericus de Roz. it. num. 4. Ang num. 4.* & aliorum simpliciter accipiunt.

Aliqui econtra Iacobum de Arena & Albericum Papiensem defendunt, quod testamentum eiusmodi à grauiter infirmo vel moriente, ad interrogationem factum, non aliter viribus subsistat, nisi plura concurrant, de quibus postea dicetur.

Atque ita constat, qua de re DD. inter se controuertant.

Iam vtrinsq; sententiæ authoritates & rationes videbimus, vt cui opinioni in consulendo & iudicando adhærendum sit, nobis liqueat.

PRIMÆ OPINIONIS AVTHORES
& fundamenta.

Petrus testamentum ad interrogationem, ab eiusmodi testatore factum, viribus subsistere contendit: atque hoc pacto glossam *d.l.iubemus.* vt aliquibus videtur, simpliciter intellexit: cum quo antiquorum pleriq; facere existimantur.

Et hanc sententiam DD. non tantum in testamento, ad interrogationem facto, sed etiam ita intelligunt, si lecto tenore testamenti, testator dicat, sibi ita placere, maxime rogante notario, *Alexan.consil.33.n.9. & 12. lib.3. Ruin.cons.12.nu.2.lib.2. Grat.cons.30.nu.20. lib.1.* quam communem dixere *Gabr.Roman. d.conclus.2. ampliat.2. Clar.d. quæst.37.num.4. Grass §.institutio.q.17.num.6.*

Quinimo idem esse dicunt, ipso hærede testatori, quo ad dispositionem, verbis præeunte, quale thema proposuit *Alciat.cons.77. lib 9.*

Hanc enim sententiam, quod testamentum ad interrogationem confectum valeat, secundum quorundam opinionem, tenet, vt dixi, post d gl. ita intellectam Petr. Eum sequũtur *Rainer. Iacob.de Butr. Francis.Tigrin. Richard. Malumbra. & Iacob. de Beluiso, testib. Alberico in d.l iubemus.num.3.4. Ang.num.4. Alex.num.9.* qui hanc communem dicit. & sequitur: eandem ibi tuentur *Cyn.num.5.* dicens sibi magis placere opinionem Petri, *Bart.num.3.* qui ait, glossam verum dicere in eo, qui articulate loqui possit: quibus addit *Ias.num.10.* hanc opinionem teneri per omnes, & in iudiciis atque scholis approbari: Postillator *ad Alex.* qui testatur, se ita Pisauri iudicasse: *Specul.tit. de testamen. §.1. nu.9. Ioann.Andr.in addit.incip.quidam.* qui diserte pronunciat, hanc videri veriorem. Vt proinde mirandum sit, Antonium de Butr. *in c. cum tibi. de testament.* Castrensem *in d.l. hac consultißima. §. at quum humana. num.2. & in cons.155. viso puncto & allegationibus. nu.2. lib.1. in nouißima edit.* Ludouicum Romanum *in l.gerit.num.10.ff.acquir.hæredit.* & quosdam alios, hunc iuris authorem pro contraria opinione adducere voluisse: quos merito & recte reprehendunt *Imol.d.c.cum tibi. Alex.cons.33.num 9.lib.3. Ruin.cons.12. num.12. libr.2. & reliqui.* Sequuntur hanc eandem opinionem DD. *in l.hæredes palam.in princip.ibi Bartol. num.9.* referens distinctionem Petri, & dicens eam obseruari, multa fundamenta pro hac sententia *ibi* adducit *Bald.num.5. Alberic.de Rosat.num.3.* qui testatur, sententiam contrariam Iacobi de Arena à modernis communiter improbari, per fundamenta ab eo adducta. *DD. in l.1.§. si quis ita. ibi Bart.num 3.& Ludou.Roman.num.10.* qui relatis contrariæ opinionis rationibus, hanc veritatem esse dicit, *ff verb.oblig. Boer.decis.35.num.4.5.6. Dilect.de arte testandi. tit.3. caut.2. num.3. Gabr.Roman.d.conclus.2. num.1.* vbi vltra alios hanc communem dixit *Vasqu. de success. creat.libr.2.§.14.num.42. & §.17.num.52.* qui post *Angel.* hanc communem, & tam in iudiciis, quam in scholis receptam opinionem testatur: & addit ibi: in testamento in scriptis ab vtriusque partis fautoribus hanc indifferenter receptam: in testamento autem nuncupatiuo veriorem & receptiorem esse: *& num. 55.* vbi fundamenta communis opinionis refert. *Soarez ad Gometz. tomo 1.c.2.num.6.vers. ex supra dictis consequitur.* qui hanc verissimam, communem & receptam sententiam dicit. Et hanc partem consulendo sequuti sunt *Ludouic.Roman.cons.306. num.6. ibi addit.* dicens hanc communem, *Alex.cons.12.num.6.lib.1. cons.47 num.7.lib.2. cons.33. num.9. lib.3. Ruin. cons.12.num.9.lib.2. Dec.cons.489.num.9.10.11. Cephal.cons.546.num.46.& 93.*

Hanc sententiam plerique etiam veram perhibent.

Tum (1) per *d.l.hac consultißima. §.at quum humana.* quem textum adduxit *gloss. d.l. iubemus.*

Sicut enim in testamento cœci satis est scripturam legi, & testatorem illam agnoscere, neque requiritur, vt aliter hæredis nomen exprimat: Ita satis etiam esse videtur, si testator ad interrogationem, num hunc aut illum hæredem instituere velit, SIC, aut alio modo respondeat.

Tum (2) quod iudicium alicuius postremum in se blando sermone & proinde interrogationibus quoque prouocare, non sit iure prohibitum, *l. fin. ibi DD. C.si quis aliqu. test. prohib. l.fin.ff.eod. Vasqu.de success.creat. l.2.§.17.num.55.*

Tum (3) quod paria sint, nuncupare nomen hæredis, vel scribere, *l. hæredes palam. in princ. ff. testam.* sed nomen hæredis testator potest scribere per alium: *l. hac consultißima. in princ. & Authen.non obseruato C.de testam.* Ergo etiam per alium potest hæredem nuncupare, *Cyn.in d.l.iubemus.num.5. ibi Alberic.num.4. Alex.num.9.*

Tum (4) quod bonum argumentum sit à contractibus ad vltimas Voluntates:

sed ille, qui in contractu ad interrogationem propositam respondet, totam interrogationem repetere videtur, *§. præterea. Instit. de inutilib stipulat.* Quum relatum referenti insit, *Dec. consil. 489. num. 9. Thom. Grammat. decis. 73. num 34.* Ergo idem erit in testatore super hæredis institutione interrogato, idque tanto magis: quum stipulatio stricti iuris sit: testamenta autem ampliorem interpretationem recipiant. Ita omnes post Bart. ordinarie docent *in d. l. 1. §. si quis ita. ibi Zas. num. 8. & seqq. Alberic. de Ros. dict. l. iubemus. num. 3.*

Tum (5) per *l. Pamphilo. 38. § propositum. ff. de legat. 3.* vbi sufficit testatorem ab honorata persona interrogatum, num ita disponere velit, respondere μάλιστα.

CONTRARIÆ OPINIONIS AVTHORES & rationes.

Porro præcitatam communem opinionem, maxime in testatore moriente vel graui morbo oppresso indistincte veram non esse constat. Ideoque non modo multi illustres iurium DD. contrarium tenent: sed plerique etiam consensu summo præcitatam sententiam distinctionibus in medium productis, restringunt.

Contrariam enim sententiam maxime in testatore graui morbo oppresso, protestati sunt *Pyleus*, in cuius vxore hic casus acciderat, *in q. 110. incip. domina Berta condidit testamentum. Iacob. de Arena in d. l. hæredes palam. in princ.* ea ratione decidendi, quod testator articulate loqui debeat circa hæredis institutionem, *ibi Ioan. de Imol. num. 4. Nicol. de Matarellis in d. l. iubemus. Albericus Papiensis* (vti eum adducunt *Ioann. Andr. in addit. ad Speculat. tit. de testament. in princ. num. 9. in addit. incip. quidam. & Bald. in l. hæredes palam. in prin. num.* [illegible] *& alii quam plures. & Bald num. 4.* nec dissentit *ibi* bene perpensus *Salyc. ibi num. 4. Iason num. 12. qui add. in rationibus*, hanc forte in puncto iuris veriorem esse dixit. *Ludouic. Rom. in l. gerit. num. 10. ff. de acquiren. hæred. Castren. in d. l. 1. §. si quis ita. num. 7. ibi Alciat. num. 12. Menoch. num. 51. Boio. n. num. 54. cum seqq. Couarr. in c. cum tibi. num. 4. de testam. & plures alii.* vsque adeo vt dubitandum non sit, hanc contrariam sententiam in grauiter infirmo in scholis & in foro receptissimam esse.

Menochius quidem noster *de præsumpt. lib. 4. tomo 1. præsumpt. 8.* hanc iuris quæstionem per locum à ratione legis cessante vel militãte, summo studio explicuit: sciendum est, (inquit *num. 8.*) à Iustiniano & antiquis, non alia ratione fuisse constitutum, testatorem nominare suo ore, vel sua manu hæredis nomen scribere, quam vt falsitas, quæ in testamentis committi solet, euitetur.

Quare dicendum est, quod illis in casibus, in quibus aliqua falsi suspicio adesse potest, non est permissum testari ad alterius interrogationem. Et econtra, vbi nulla adest suspicio, id liceat: quum paria sint, suo ore vel alieno nominare.

Hinc ille *num. 29.* infert, distinguendum: Vtrum testator, qui sanæ mentis est, liberæ voluntatis sit, vt, quia non timet eos, sub quorum est custodia, aut à quibus interrogatur: an vero nõ liberæ voluntatis sit: quæ præclare ab illo & recte dici constat. Quod autem *num. 24. 25. 26. 27. & 28.* addit: Si testator sanæ mentis & liberæ voluntatis sit, nihil porro curandum, ægerne atque infirmus corpore, an sanus: & num infirmitas grauis, vel leuis sit: item, an vexationem à consanguineis patiatur, vel non patiatur: [illegible] an e vexationem vel interrogationem animum testandi habuerit, an non habuerit [illegible] eo illius doctrinam valde periculosam esse, & cum practicis nostrorum theoricis [illegible] rum congruere manifestum est.

Nam in graui morbo oppressis non quamlibet responsionem sufficere liquet: [illegible] qui morte oppressi sunt, sæpe respondent, vt se omni vexatione tandem liberent, [illegible] imo nullum omnino, ac ne militis quidem testamentum valet, nisi liquido [illegible] animum illum testandi habuisse.

Quare longe rectius sentiunt, qui in testatore maxime graui morbo, aut [illegible] oppresso, vltra sanam mentem testatoris & eius liberam Voluntatem, animum [illegible] testandi requirunt.

Tria ergo necessaria esse dicunt ad hoc, vt eiusmodi testamentum valeat.

Vt videlicet testator (1) articulate loquatur: in quo omnes DD. conueniunt [illegible] Articulatam autem loquelam exigunt, vt inde de sana testatoris mente certum [illegible] cium fieri possit. Articulate enim loquitur, qui intelligibiliter loquitur [illegible]

passiue. Actiue, id est, cum bono intellectu, & bona memoria: ita vt ex loquela manifestum fiat, & certo concludi possit, testatorem adhuc sana mente & bona memoria præditum esse: & ea, quæ proposita fuerunt, bene intellexisse. Passiue, id est, vt ab aliis etiam exaudiatur, & intelligatur.

Hæc colliguntur ex doctrina Petri communiter approbata, *in d.l.iubemus.* vbi eam referunt DD. *& Cyn.num 5. Salyc. num. 4.* qui notabiliter scribit: si potest testator articulate loqui: ego starem cum glossa, dummodo verba dixerit testibus, & de hoc sint testes rogati, & specificauerit, ita quod testibus appareat, illum articulate loqui, *Corn.consil.261 num.24.lib.4. Alex.cons.33.num.7.lib 3. addit.ad Dec cons.480. verb.articulate. Rum.consil.12.num.8.9. lib 2. Cephal.cons.546.num.1. & sequ. & num.57. cum seqq.* Quare vbi testator graui infirmitate oppressus est, requiritur, vt testamentum factum fuerit, dictante & exponente testatore Voluntatem suam notario, *Decian.cons.65. num.13.lib.2.*

Vt (2) testator sit prorsus liberæ Voluntatis, quam libertatem non ita tantum accipimus, si testator non timeat consanguineos, aut eos, sub quorum cura, aut custodia est: sed practicas potius theoricas sequentes, ita etiam intelligimus, si seria, enixa & deliberata sit testatoris dispositio. Fieri enim potest, vt testator consanguineos, aut eos, à quibus interrogatur, non timeat: sed mortis sensu oppressus, & interrogationibus vexatus, ad se exonerandum respondeat, *Crauet. cons. 117. num.1.* Quare interpretes nostri eiusmodi in testante libertatem requirunt, vt nulla prorsus suspicio adsit: vtque notarius interrogans non sit suspectus: sed infirmus quiete, sedate, menteque bene composita, nulla importuna suggestione adortus, interroganti respondeat, *Zas. cons.3.num 37.lib.1.*

Vt denique (3) ante omnia constet, testatorem animum testandi habuisse: qui animus testandi ab interpretibus inde colligitur: si testator mandauerit, scribi testamentum ante interrogationem notarii, aut aliter verbis declarauit, quod testari vellet, aut si notarius tertiusve aliquis, qui interrogaturus est, ad hoc sit specialiter à testante vocatus & adhibitus, vt eum actum explicaret. Aliud esse dicunt, vbi notarius vocatus & rogatus est non à testatore, sed ab eo, qui procurabat sibi aliquid relinqui. *Couarr. d.c.cum tibi num.4.de testam.* dicens communem, *Tiber.Decian.d cons.65.num.14.*

Ita practici glossam in *d l.iubemus.* & Petri sententiam declarant: & hoc modo, vt dixi, *Pyl.Iacob de Aren. Nicol.de Mataretl. Alberic.Papiens. Bald. Salyc. Castren. Ludou.Roman Ias. Alciat.& alii locis relatis* senserunt, quam sententiam eleganter defendit *Molin. d. § si quis ita num 31. Couarr.d.c cum tibi.num.4.* qui ait: requiri, vt constet, testatorem deliberate voluisse testari, eademq; Voluntate & animo libentissimo consensisse, vt circa proprii patrimonii dispositionem interrogaretur, *Dilect.de arte testandi, tit 4.caut.2.num.1.* valere dicens eiusmodi testamentum, si testator articulate loquatur: & de eius intentione constet, quod ita testari voluerit, & hanc communem ipse quoque esse testatur.

Imo hæc opinio non tantum magis æqua & magis tuta, *Clar.d § testament. quæst.57. num.7.* sed etiam magis communis & receptior est, vt clare probant & profitentur *Gabr. Roman. de reg.2 num.4. vers. primo limita. num.10. vers. tertio limita. num.16. vers. quarto principaliter limita. Clar. loco relato. Mantic. de coniectur. vlt.volunt.lib.2. tit.6.num.9 & 10. Grass. libr. recept. sent. §. institut. qu. 17. num. 9.* quam consulendo quoque secuti sunt *Corn. cons. 232. num.4.lib.1.* vbi ait, communem opinionem glossę, Bartoli & DD. procedere, quando constat, infirmum voluisse testari, vel quasi rogat Notarium vel testes, quod sint præsentes testamento, vel alias constat, quod hæc ipsius intentio fuerit. Et paulo post recte addit: glossam *in d. l. iubemus.* allegare textum *d.l.hac consultissima. §. at quum humana.* Vt proinde secundum terminos illorum iurium accipienda sit: & luculentius eadem repetiit *cons.319. num.1. & 2. eod. lib.* vbi scribit, ad esse testamenti non sufficere simplicia verba, tendentia ad testamentum & ad hæredis institutionem: sed requiri alias circumstantias, ex quibus deprehendatur, verba deliberate prolata, & propterea requiri rogitum testantis. Hinc (ait ille) videmus, quod licet in testamento militis nulla solennitas requiratur: tamen si dicit coram testibus non rogatis: Ego facio talem hæredem: non censetur testamentum facere. Quia non constat, quod talia verba animo testandi prolata fuerint. Multo minus ergo infirmi interrogationibus vexati dispositio, simpliciter recipienda erit. Et paulo eandem sententiam repetit, glossam scilicet *d.l. iubemus.* secundum legem, quam adducit, accipiendam: communē autem opinionem glossæ, Bartoli & DD. procedere, quando constat, infirmum voluisse testari:

R 4 & pro

& pro hoc ait, multum in simili vrgere *l. Diuus. ff. milit. testam.* Ibi enim requiri rogitum testium, non ad solennitatem testamenti, quum testamentum militare nullam solennitatem desideret: sed vt constet, verba, quæ institutionem hæredis significant, prolata esse animo testandi, non animo complacendi, vel alio respectu. Lex enim (ait ille) non habet pro expedito, quod si quis citra aliam præparationẽ dicit, ego te facio hæredem, vel similia verba, quod velit ita disponere: Ideo vult, (id est, lex) quod non valeat. Ergo multo fortius, si infirmus interrogetur: vis talem facere hæredem? si respondet, volo, nõ debet haberi pro expedito, quod deliberate proferat illa verba animo ita disponendi: maxime, quia potest censeri dictum animo blandiendi: item, timore, ne derelinquatur, vt careat opportunis seruitiis, seu curis necessariis: item, vt euitet molestias, &c. Hæc ille. Idem Corn. *cons. 261. num. 18. lib. 4.* vbi ait: valere testamentum ad interrogationem notarii, præcedente rogitu adhibito per testatorem: & hanc in scholis atq; iudiciis probari testatur. Idem docet *Ludou. Roman. cons. 306. nu. 7. ibi additio.* dicens hanc communem, *Castrens. cons. 155. viso puncto & allegationibus num. 2. lib. 1. in edit. nouissima. Socin. cons. 92. num. 19. lib. 3. Guid. Pap. cons. 64. nu. 5. Zas. cons. 3. nu 37. lib. 1. Alciat. cons. 77. num. 18. lib. 9.* Nam licet ibi *num. 14.* neget requiri, vt constet scripturam iam ante testatoris voluntate factam esse, tamen diserte requirit animum testandi in testatore, seu plenam deliberationẽ, de qua tamẽ satis constare dicit ex conuocatione testium, *Crauet. cons. 117. nu. 1.* vbi ipse quoque præcitatam glossam, & communem DD. sententiam sane intelligendam esse dicit: dummodo constet de voluntate testatoris, quod testari voluerit, puta, quia rogauerit notarium & testes pro testamento faciendo: vel quia aliter verbis declarauerit, quod testari vellet: vel ante irrogationem scriptum factum est de ipsius sententia: secus est, ait, si non appareat, quod voluerit testari: vt, quia neq; notarium, neq; testes rogauerit: neq; aliter verbis declarauerit, quod testari vellet: nec mandauerit testamentum scribi ante interrogationem notarii. Et hæc sine dubio procedere testatur, quando testator infirmitate grauatur, ita quod respondeat ad interrogationem notarii, potius vt euitet vexationem interrogantis, & cum infestantium seu molestantium, quam quod ita velit disponere, luculente & egregie *Carol. Molin. cons 31. num. 1. 2. 9. Idem Molin. in addit. ad Alex. cons. 12. lib. 1. & in addit. ad Dec. cons. 489. verb. tenet glossa.* vbi confidenter pronunciat, Calderinum, Alexandrum, Decium, & alios, qui contrarium consuluerint, pessime respondisse. Idemque post Paulum Leonium tenet *Cephal. cons. 546. num. 94.* vbi ait: si non constet, quod testator voluerit testari: sed ille tantum interrogetur à notario, vel alio, qui forte sit summissus, testamentum non consistere, testatore in articulo mortis angustiis oppresso, *Tiber. Decian. d. cons. 65. num. 14. libr. 2. Gabriel. Mudaus & Ioann. Gamesf. Louanienses inter consilia Molinæi. cons. 32. num. 12.*

Vt proinde hinc manifestissimum sit, sententiam Iacobi de Arena, maxime vbi de testatore, morte aut graui morbo oppresso, quæritur, hodie magis communem & in praxi receptam esse.

Imo multorum locorum statutis & legibus testamenta ad interrogationem facta damnantur.

Ita statutum refert *Alciat. d. cons. 77. num. 12. lib. 9.*

Ita *Molin. ad Dec. cons. 489. verb. blandu.* mentionem facit de constitutione regni Galliæ, ne liceat eos, quos sub regimine habemus, blandis verbis inducere, vt nos hæredes faciant.

Ita in electoratu Saxoniæ *part. 3. tit. 5.* cautum est: daß die Testament / so auff dem Todbett / von einem / der sehr schwach ist / gemacht werden / nicht anders beständig seyn sollen / es kommen dann diese drey stück darzu: Erstlich / daß der testator articulate vnd verständlich reden könne: Zum andern / daß er willens vnd der meinung sey / sein Testament zu machen: Zum dritten / daß kein vermuhtung vorhanden / darauß abzunehmen / daß der testator schwachheit halb sein Testament nicht freywillig verordnet / ꝛc.

In Marchica constitutione. *sub rubr.* von Testamenten / hæc habentur: Vnd mögen die Geistlichen Beichtväter / so in Todtes nöthen die Krancken mit Sacramenten versorgen / dieselben in gegenwart der Erben / Freunde oder Frembden / wol anreden vnd erinnern / Ob sie in Gottes Ehre / zur Seeligkeit jhrer Seelen / oder sonsten jemand s etwas bescheiden / oder Testament machen wöllen / daß sie solches von sich sagen / oder anzeigen.

Aber die Krancken / ohne der Erben / Freunde / oder anderer Gezeugniß beywesen weiter anzuhalten / vnd zu bewegen / etwas zu bescheiden / oder zu vbergeben / soll sich ein jeglicher / Geistliches vnd Weltliches Standes enthalten.

Ita

Ita Beatus Hieronymus in epistola ad Nepotianum epist. 2. tomo 1. legem à Christianis Imperatoribus Valentiniano & Gratiano, suo tempore latam, commendat, ne clericos & monachos propter frequentes suggestiones hæredes instituere liceret, vt refert *Molin. d. consi. 31. num. 8.*

Imo non receptior modo & in praxi hæc sententia approbata, sed etiam verissima est.

Tum (1) quod quæstio glossæ *in d. l. iubemus.* non fuerit, quæ necessaria sint ad hoc, vt testamentum ad interrogationem factum teneat: Ergo huc torquenda est: Sed ibi simpliciter Accursius quærit: an testamentum ad interrogationem fieri possit? Quare illa glossa accipienda est, cęteris paribus, & secundum textum *d. §. at quum humana.* quem allegat: vt recte *Corn. locis relatis* testatus est: & diserte *Cyn. ibi num. 5. Alberic. de Roſat. n. 3. & Bald. num. 4.* fatentur, glossam nihil ad Petri sententiam corroborandam facere, si iuxta illum textum, in quo se fundat, accipiatur, *Bologn. d. l. 1. §. si quis ita. num. 45.* Idem refert *Vasq. de success. creat. §. 17. num. 52.*

Refert quidem *Bologn. in d. §. si quis ita. num. 48.* textus, quibus probatur, vltimam Voluntatem ad interrogationem fieri posse: Sed obseruandum nullum in vniuerso iure textum exstare, qui de testamento loquatur, præter *d. §. at quum humana* cuius bene multa requisita esse constat: Vt proinde sola testatoris ad interrogationem articulata responsio minime sufficiat. Alia autem iura, vt *d. §. propositum.* cum textibus illis, qui nutu dispositionem factam comprobant, vt sunt *l. nutu. 22. ff. legat. 1. l. & in epistola 22. C. fideicommis.* in legatis aut fideicommissis loquuntur: neque simpliciter, sed cæteris paribus accipienda sunt.

Nam *in d. §. propositum* testator neq; agnatos, neque cognatos habebat, & accersiuerat amicos, id est, rogauerat testes, vt dispositioni adessent, expositoribus Bologneto *in d. l. 1. §. si quis ita. num. 66.* & Cuiacio *lib. 9. obseruat. c. 37.* prædixerat etiam, se velle illi relinquere certa prædia: fuerat etiam in discrimine vitæ: testatorisque dicta in testamentum redegerat Caius Seius contubernalis: & testatorem interrogauerat, an ea dixisset: testator denique ad interrogationem responderat *μάλιστα. Alciat. lib. 3. παρέργ. c. 23.*

Et quanquam inter omnes DD. constet, illum casum esse specialissimum, neque tot ibi fuisse necessaria ad decisionem: tamen interpretes *in d. §. si quis ita.* duo ad minimum ibi requirunt: puta, vel conuocationem testium cum interrogatione & responsione: aut vt testator prædixerit, se ita dispositurum, & sic interrogetur: ita *Bartol. & ibi Alex. num. 5.* Quam communem dixit *ibi Bologn. num. 66.* Vnde bona consequentia concluditur: ad interrogationem fideicommissum ne à milite quidem fieri posse: nisi ex conuocatione testium de præcedente eius seria Voluntate constet.

Nam & in fideicommisso, quod tamen ante Iustinianum nulla iuris necessitate, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebatur, iura exigebant, vt si ad interrogationem relictum esset, de vltronea & seria testatoris Voluntate constaret.

Fideicommissum enim, quod nutu fit, ad interrogationem alterius fieri necesse est, *l. seruo muto. 65 § si pupillo. ff. ad SC. Trebell.* At eiusmodi fideicommissum & capacitatem loquendi in testatore, *d. l. nutu.* & testium conuocationem requirit: *d. l. & in epistola.* etsi alias testes fortuiti sufficiant. *l. fin. C. codicill.* Quæ quidem loquendi capacitas nulla alia de causa desideratur, nisi vt ex verbis præcedentibus & sequentibus facilius certa & non dubia voluntas colligatur: & surreptionis atque falsitatis occasio vitetur, quemadmodum & testes nulla alia de causa adhibentur, quam vt intelligatur serium esse fideicommissum. *Molin. in l. 1. §. si quis ita. num. 26. cum seqq. ff. verb. oblig.*

Grauissime ergo errant, qui glossam *d. l. iubemus.* contra textum, in quo illa sese fundat, huc torquent, quod ad testamentum per interrogationem factum, nihil aliud requiratur, quam vt testator articulate loquatur: neque facile admittendum, aut Petrum, & qui eum sequuti sunt, illustres iurium Doctores, tam absurdam & falsam sententiam vnquam esse amplexos: Quin potius longe probabilius est, vt præcitata glossa iuxta textum quem allegat, merito accipiatur: ita communem Petri, Bartoli & aliorum sententiam isto casu intelligendam, quando infirmum, qui liberæ Voluntatis est, testari voluisse constat, vt præclare & recte docuit *Corn. dict. consil. 232. num. 4. & cons. 319. num. 1. & 2 libr. 1.*

Tum (2) quod in vltimis Voluntatibus non sufficiat dispositio, nisi etiam constet de præcedente vltronea & seria Voluntate sic disponendi: Vt proinde multo minus testa-

testamentum ad interrogationem factum subsistat, nisi etiam de præcedente seria testatoris voluntate constet.

Nam in testamentis nuncupatiuis exigitur, vt testes conuocētur: & ipse testator suam Voluntatem diserte nuncupet. In testamento in scriptis, vltra testium conuocationem necessarium est, vt testator suum testamentum testibus obsignandum & subscribendum exhibeat, & illud suum testamentum esse protestetur.

Quæ multo magis procedunt, vbi persona tertii interuenit, quæ vel testatorem interrogat, vel testamentum seorsim absque testibus scribit, & illud postea in præsentia testium recitat. Nam quum tunc maius periculum falsitatis & maior suspicio sit: cautius quoque agendum erit: & tanto magis de testatoris Voluntate præcedente constare debet, vt probat insignis textus *dict.* §. *at quum humana.* vbi ante & post recitationem vel interrogationem clarissima testatoris protestatio cum commissione requiritur.

Neque dicat aliquis, id in testamento cœci ita esse ibi constitutum. Nam constat & in testamentis illis, quæ solo iure gentium censentur, & in fideicommissis, vt modo relatum fuit, idem esse constitutum.

Ita in testamento minus solenni patris inter liberos necessarium est, vt vel ipse manu sua testamentum scribat, aut subscribat, aut proprio ore Voluntatem suam coram testibus nuncupet, *l. hac consultissima.* §. *ex imperfecto. cum Auth. quod sine. ibi posita. C. de testam.* § *nos igitur. in Auth. de testam. imperfect.*

Ita in testamento militis distinguitur. Nam aut mortis angustia oppressus est, & vltro disponit: puta, Voluntatem suam dictat alii, & hoc sufficit ad colligendam vltroneam eius atque seriam Voluntatem: neque necesse est, testes tunc, id est, quando miles in mortis articulo constitutus est, rogatos esse: quum in eo statu maxime enixa & seria testatoris voluntas esse intelligatur. Ita loquitur *l. Lucius. 41. ff. milit. testam. gloss. l. Diuus. verb. cum vocatis. ff. eod. tit.* At extra mortis articulum, ne quidem in milite seria Voluntas esse intelligitur, nisi testibus conuocatis, suam voluntatem exponat. Inde enim ipsius Voluntas colligitur.

Verum nisi testes conuocauerit, illius assertioni non stamus: etiamsi hunc vel illum hæredem se facere, aut huic vel illi bona relinquere protestetur, *textus est expressus in d. l. Diuus 25.* §. *plane Instit. de milit. testam gl in l. milites. 15. verb. sub ipso tempore. C. eod.*

Quum ergo militis testamentum regulis iuris ciuilis solutum, tantum ad normam iuris gentium exigatur: & tamen in illo desideretur, vt miles in extemis agens, proprio ore testamentum dictet: & extra periculum mortis testes conuocet: neque aliter de testatoris Voluntate satis liquere iura constituerint: profecto multomagis in iis, qui secundum iura ciuilia, & maxime ad interrogationem aliorũ, quando graui morbo oppressi, aut in mortis articulo sunt, testantur, necessum erit, vt de illorum sententia testes conuocentur: & illi suam Voluntatem proprio ore dictent: neque per vnum monosyllabum, ad interrogationem & suggestionem respondeant.

Tum (3) quod lex pro forma requirat hęredis nomen à testatore proprio ore exprimi: vsque adeo vt forma non seruata, vlterius procedat annullando, *vt d. l. iubemus.* At forma ita requisita non potest impleri per æquipollens: maxime quum in casu nostro introducta sit, falsitatis euitandæ causa. Nam quando ipse testator exprimit nomina hæredum, constat de eius voluntate. At si illa expressio per alium fieri posset, testatore præsente, falsitatibus committendis via aperiretur: quum testatores mortis cogitatione turbati facile decipiantur, ita *Ias. in d. l. iubemus. num. 12.*

Tum (4) quod hæc forma testandi ad alterius interrogationem ab Alberico Papiense, & aliis impugnetur per locum à lege cessantē.

Aiunt enim, leges non inuenisse hunc modum testandi: eum ergo à nobis in scholas & iudicia importandum non esse. Addit *Iul. Clar. d. q. 37.* glossam *d. l. iubemus.* sibi nunquam placuisse: (id est, iuxta intellectum eorum, qui ad testamentum, per interrogationem factum, nihil aliud requiri existimant, quam vt testator articulate loquatur) quum negari non possit, quin eam tenendo aperta sit via fraudibus. Hæc ille. Et non modo constat humanam fragilitatem, mortis præcipue cogitatione perturbatam, minus ad alia negocia esse expeditam: *d.* §. *at quum humana.* sed etiam graui morbo oppressos, & in agone constitutos, ad pleraque annuere, vt supra ex Alberico Papiense, Corneo, Mariano Socino relatum est: vt proinde aut compotes mentis esse non præ-

sumant

sumantur, aut certe testandi animum habere non intelligantur, *Mant.de coniect. vlt. volunt.lib.2.tit.6.num.5.*

Neque huic rationi à lege cessante textus illi obstant, qui vltimam Voluntatem ad alterius interrogationem confisci posse probant.

Nam textum *d.§. at quum humana.* specialem casum proponere, & seriam atq; enixam testandi Voluntatem ante omnia prærequirere, textum autem *d.§. propositum. cum concord.* de fideicommissis & legatis agere, iam in præcedentibus dictum est.

REFVTATIO RATIONVM dubitandi.

Hisce ergo ad hunc modum fixis atque stabilitis, minime obstant, quæ supra pro contraria opinione allegata sunt.

Nam etsi aliqui contendunt, ad testamentum, quod alio interrogante fit, plus non requiri, quam vt testator articulate loquatur, ita Petri & aliorum communem sententiam exponentes: Tamen hanc sententiam hodie neque communem neque in praxi receptam esse, imo nullo satis idoneo iuris fundamento defendi posse constat: idque de resolutione omnium illarum rationum, quæ pro hac sententia adductæ sunt, manifestum cuiuis esse poterit.

Nam ad textum *d.l. hac consultissima. §. at quum humana.* quod attinet, notanda diligenter sunt verba textus, vt quam longe illius legis sententia à prætensa communi opinione discrepet, intelligatur. At quum humana fragilitas (ait Imper.) mortis præcipue cogitatione perturbata minus memoria possit res plures complecti: patebit eis licentia voluntatem suam, siue in testamenti vel codicilli tenore compositam, cui velint (1) scribendam tradere, vt in eodem loco (2) postea collocatis testibus & tabulario, re etiam (3) vt dictum est, patefacta, etiam (4) charta promatur, quam susceptam (5) testatori recitabit tabularius simul & testibus, vt vbi tenor eorum cunctis innotuerit, (6) elogium ipse suum profiteatur agnoscere, & ex (7) animi sui, quæ lecta sint, disposuisse sententia, &c.

Iam si ex hoc textu quis ita ratiocinari velit: sicut in testamento cœci scripturam legi, & testatorem illam agnoscere sufficiat, neque necesse sit, vt aliter hæredis nomen à testatore exprimatur: ita etiam satis fore, si testator ad interrogationem, scripturam sibi placere, respondeat: ille me hercule insignem & euidentem diuisionis fallaciam admittet.

Neque enim textus lectionem notarii tantum, cum simplici testatoris responsione, sed multo plura desiderat: Vnde maxima inter præcitatum textum & inter thema interpretibus propositum diuersitas apparet.

Requirit enim textus commissionem aut mandatum testatoris, vt ille ante omnia testamentum suum scribendum alicui commiserit aut mandarit: quod *& Cyn. in l.iubemus.num.5. ibi Alber.de Rosat.num.3.& Bald.num.4. aliiq. C.de testam.* obseruarunt: vt proinde ingenue fateantur, textum hunc nihil ad materiam nostram facere. In textu *d.§.at quum humana.* (aiunt illi) commissum est alteri, vt scriberet: at in terminis quæstionis nostræ non ita loquimur, nec de hoc quærimus.

Vnd daherо kompts auch/daß viel Rechtslehrer darfür achten/daß *in dict.§. at quum humana.* duplicis generis testes erfordert werden / aliqui, qui de testamento testificentur, aliqui, qui testimonium perhibeant de commissione, quæ testamentum præcessit, qua de re erudite differit *Alciat.d.cons.77.num.14.17.18.lib.9.*

Deinde *(2.& 3.)* exigit textus, vt in testibus & notario præsentibus patefiat, cuius causa conuocati sint, quod testator videlicet vltimum suum elogium condere velit, & vt *(4.& 5.)* charta deprompta testatori & testibus recitetur. Denique *(6.& 7.)* testator diserte primo illud suum elogium esse agnoscat: & clare protestetur, se illa, quæ lecta sint, ex animi sui ita disposuisse sententia.

Vnde liquido constat, eos, qui *d.§. at quum humana.* ad nostræ quæstionis decisionem trahunt, ea, quæ textus copulatiue requirit, distrahere.

Ita etiam doctrina *l.fin. C.si quis aliqu.testar. prohib. & l.fin.ff.eod.tit.* nihil contrariam opinionem iuuat.

Etsi enim criminosum non est, postremum alicuius iudicium blando sermo:

pro_

prouocare: illicito tamen modo id facere non licet. Illicitus autem modus est, si dispositio alicuius extrema ad interrogationem ita eliciatur, vt substantialia testamenti, quod ad interrogationem fit, deficiant: Domini Louanienses inter consilia Caroli Molinæi *d. conf.32. num.16.* qui hanc Alberici Papiensis antea relatam sententiam fuisse testantur: Ergo quod dicitur, licite quem posse blandis verbis vel suasionibus amicum vel coniunctum inducere, vt ipsum instituat: Verum non est in his, qui habent testatorem sub suo regimine, præsertim durante infirmitate: Ita formalibus verbis respondet *Molin ad Dec. d. consil. 489. verb. blandis.* quum eiusmodi testamentum nullius momenti esse iam semel & iterum relatum sit. Ita enim expresse & vere docuit *Menoch. d. præsumpt. 8. num.29.*

Minus iuuat contrariam opinionem argumentum ab æquiparatione testamenti scripti & nuncupatiui depromptum: quod videlicet nihil prohibeat nomen hæredis ab alio quam testatore nuncupari: quum & ab alio quam à testatore scribi possit.

Tota enim hæc ratiocinatio admissa, nihil Alberico Papiensi aut eius sententiæ propugnatoribus obstat. Potest testator per alium scribere, id est, alii scripturam mandare. Ita etiam in nostra materia nihil dubitandum, si notarius ad hoc, in specie à testatore vocatus sit, vt eum interrogaret, dispositionem valituram: Quis enim hoc neget? Et hoc tantum ex argumento proposito concluditur: non illud, quod contrariæ opinionis propugnatores inde efficere volunt: indistincte scilicet testamentum ad interrogationem factum valere.

Minimum ad rem facit, quod ad interrogationem propositam in actu inter viuos respondens, totam interrogationem repetiisse intelligatur: si omnia testamenti, ad interrogationem facti, requisita concurrant: Vt proinde certo constet, testatorem morientem, aut graui & mortifero morbo oppressum, (1) animum testandi habuisse, & (2) liberæ Voluntatis fuisse, atq; (3) articulate loquutum esse. At si aliquid horum deficiat, argumentum non procedit: Maxima enim tunc inter stipulationem & vltimam Voluntatem diuersitatis ratio erit: quum stipulatio actus inter viuos sit, vtriusq; partis consensum requirens: Vt proinde nulli mirum videri debeat, si respondens omnia in interrogatione proposita repetiisse intelligatur: Est enim omne pactum duorum vel plurium in idem placitum & consensus: At testamentum à solius testatoris libero motu, non ex duorum pluriumve consensu pendet: vt proinde non teneat, nisi ipsius respectu, de seria & libera testandi voluntate & oratione articulata liqueat, siue vltro ille, siue ad interrogationem alterius disponat.

Denique ad textum *d. l. Pamphilo. §. propositum. ff. legat. 3.* quod attinet, minime verum est, ibi sufficere, quod testator ab honorata persona interrogetur, num hoc modo disponere velit. Nam vt iam ante memini, testator ille accersiuerat amicos, id est, rogauerat testes, vt dispositioni adessent: prædixerat etiam se dispositurum: deniq; alia ibi concurrerant, de quibus interpretes duo ad minimum, pro illius casus decisione, necessaria esse dicunt: puta, vel conuocationem testium cum interrogatione & responsione, aut vt testator prædixerit, se ita dispositurum, & sic interrogatus fuerit: Quæ profecto prætensam communem opinionem fortissime conuellunt: & quidem tanto fortius, in quanto fortioribus terminis hic textus loquitur.

Nam vt recte obseruauit *Alberic. de Rosat. in d. l. iubemus. num.4.* textus hic extra nostrum propositum, non in institutione hæredis, sed in fideicommisso loquitur, quod vel nutu relinqui potest: Cui porro consectarium est: si in fideicommisso, ad interrogationem relicto, de communi supra ex Bologneto relata DD. sententia necessarium sit, vt aut ipse testator amicos conuocauerit, aut se ita dispositurum prædixerit, & sic fuerit interrogatus: multo magis in testamento hæc necessaria esse, vt inde serius in testatore animus testandi colligatur.

Quando autem eiusmodi dispositio vt codicillus defendi possit, ex præcedentibus constat. Nam si de seria disponendi Voluntate in testatore constet, etsi ad interrogationem capite tantum annuat, tamen eius dispositio in vim fideicommissi defendi potest, *Zas. d. l. 1. §. si quis ita. num.10. ibi Molin. num.31.32.* quibus adde *Grammat. & Cephal. supr. relatos.* Si autem omnia præcitata requisita deficiant, aut ad minimum de seria testandi Voluntate in testatore non constet, dispositio vtpote ratione Voluntatis imperfecta plane concidit, *d. l. si is qui. ibi DD. & l. ex ea scriptura. 29. inf. eod. l. fideicōmissa. 11. §. 1. ff. de legat. 3.* etsi dispositio inter liberos esset, *Clar. §. testamentum. q. 9. Graff. in lib. recept. sent. §. testamentum. qu. 12. num. 1.*

Enu-

Enumerat autem *Bologn. in d. §. si quis ita.* quinque casus, in quibus dispositio per interrogationem facta, valet.

I. Quando testator vocauit Notarium, & ei dixit, vt scriberet testamentum, & illud dictauit. Nam si recitatione facta, interrogetur testator, & ipse illud suum elogium esse agnoscat, valebit dispositio, vt testamentum, *d. § at quum humana. ita num. 54. ibi Alciat. num. 11. 12.*

II. Quando Notarius vel priuatus interrogat testatorem, vt dicat quem velit instituere hæredem, vel cui velit legare, neminem nominando. Nam si testator hæredem, aut legatarium certum nominet, valebit dispositio, vt testamentum, vel legatum: quum nulla subsit suspicio: & hæc proprie non interrogatio, sed potius quædam incitatio, vel admonitio sit, *Idem num. 55. versic. secundus casus.* Quod intellige, vt declarat *Molin. ibi num. 32.*

III. Casus est in venientibus ab intestato interrogantibus & portiones parum alterantibus, nullo alio hærede instituto, *ita ibi num. 56.* Adde casum *Benedicti, in d. c. Raynutius. verb. in extremis positus. num. 37. vsq. ad fin.*

IV. Casus est *in d. § propositum.* vbi conuocatis testibus, dixit, se velle relinquere, *Idem ibi num. 57.*

V. Casus est, quando conuocauit testes ad faciendum testamentum, *Bologn. ibi num. 58. versic. quintus casus.* Quod intellige secundum ea, quæ dicta sunt supra, *versic. nam aliqui indistincte.*

VI. Casus est *in d. l. nutu. d. l. & in epistola. iuxta prædicta.*

VII. Casus est, vt si quis morientem interroger, num hoc vel illud sibi dare velit, & ille respondeat, se velle. Subsistit enim talis dispositio in rebus modicis, & concurrente verisimilitudine seriæ & spontaneæ intentionis, *Molin. cons. 34. num. 6.*

235 Hisce concurrentibus, testamentum cœci viribus consistit.

Amplia hanc materiam 1. Nam licet Imperator Iustinus hoc cœci testamētum nuncupatiuum *t* appellet, rectius tamen mixtū dicetur. Quicquid enim in vtraq; specie testamenti necessarium est, id & hic interuenire oportet, propter maximum iustissimumque falsitatis metum, quem alias oculorum intentio discutit, *DD. in d. l. hac consultissima. ibi Bart. num. 1. Vigl. in d. §. cæcus. num. 2. text. in practit. constit. Imperii sub rubr.* **von Testament/** *in princip.* **Item/ Man mag auch noch von einem dritten/ rc.**

t Cur testamentum hoc nūcupatiuum appelletur, docet Rolandin. *de testamen. rub. 60. num. 2.*

Amplia 2. Nam etsi statutum imminuat testamenti solennia, per hoc tamen non intelligitur immutata forma, *d. l. hac consultissima.* Ita tradunt ibi DD. & *Alex. num. 16. Ias. num. 6. Dec. num. 41. Bald. in l. 4. num. 4. h. tit. n. Dilect. tit. 1. cautel. 8. num. 2. Vigl. in d. § cæcus. num. 1. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 2. interpr. 1. dub. 1. solut. 4. num. 98.*

Amplia 3. hæc vera, siue quis à natiuitate, siue ex accidenti cœcus sit, *d. l. hac consultiss. ibi Alex. num. 1. Ias. num. 9. Dec. num. 28.*

236 Amplia 4. vt idem sit, siue quis testetur, siue codicilletur, *d. l. hac consultissima.* Ergo cœcus neque fideicommittere, neque legare potest, nisi forma *d. l. hac consultissima.* obseruata. *Paul. de Castr. cons. 362. nu. 1. lib. 2. Alciat. cons. 32. num. 1. lib. 9. Dilect. d. tit. 1. caut. 8. num. 3. 4.*

Porro quod textus dixit: Disposita de testamento cœci in eundem modum esse obseruanda, quamuis testator solum ea, quæ codicillis habentur congrua, duxerit ordinanda: Id *glossa ad verbum, codicillis.* duobus modis exponit: quod scilicet vel in codicillis etiam octo testes iure speciali exigantur, vel textus dispositio non ad omnia, sed ad alia præter numerum testium referri debeat.

Et licet priorem glossæ expositionem *Bald. num. 13. & Alex. numer. 12.* sequatur, qui plures alios, puta, *Rainer. Iacob. de Butr. Angel. Fulgos. Roman.* pro hac sententia, quam veriorem esse testatur, adducit, vt proinde

S &Ro-

& Rolandin. *d.rubr.61.num.8.* pro euitandis disputationibus in codicillis cœci, octo testes adhibendos consulat: Aliud tamen Salyceto & Castrensi ibi *num.7.* visum est, qui hanc Communem esse dicit, quam etiam verissimam & plane indubitatam opinionem esse patet. Nihil enim aliud textus vult, quam quod omnia ea, quæ lex Iustini vltra substantialia testamenti in testamento cœci exigit: ea etiam vltra substantialia codicilli in codicillo requisita intelligantur. Saluam ergo atque distinctam vtriusque actus substantiam lex voluit, vt eleganter tradit *Iaſ. ibi nu. 10.* vbi verum textus sensum profert, *& Dec.num.30.*

Amplia 5. vt idem in eo sit, qui lumina ob delictum amisit: Nam & is testari potest, si secundum formam *d.l.hac consultissima.* testetur: dummodo tale delictum non sit, ob quod intestabilis efficitur, *Specul. d. §. compendiose.num.6. Panormit. ad rubr. verſ.ſeptimo.* vbi loquitur de damnato ad amputationem manus, & Bartoli doctrinam *in l. qui manus hoc tit.* adducit, *& verſ.decimooctauo. Rolandin de testament. rubr.2.num.39. DD.in dict.leg.hac consultissima. ibi Iaſ.num.9. Dec.num.28. Dilect.de arte testandi tit.1.cautela 8. DD. in d.§. cæcus.* 237

Amplia 6. Nam omissa forma legis nostræ, testamentum cœci non sustinetur per clausulam codicillarem, *Dilect. d. cautela 8. num.3. verſic. & sciendum.*

Fallit 1. in donatione causa mortis, in qua donator ad solennem obseruationem non adstringitur, *Roland.de testam.rubr.61.num.8.plenius explicat. Dilect. d. cautela 8. num.5.6. Bald. consil.248.per tot. lib.5.* vbi hanc sententiam pulchre defendit, *Boer.conſ.34.num.5.* Quam communem esse testatur & late explicat u *Roland.à Vall. conſ.82.num.20 vsque ad fin.lib.1.* 238

u Ratio decidendi: Quod donatio causa mortis non mera sit vltima volūtas. Cæterum Roland. à Vall. loco præcit. tractat illam quæstionem: quando actus cæci non valet vt testamētum, an valeat potius vt codicillus, vel legatum, an vero vt donatio causa mortis.

Limita hanc sententiam 2. Nam cœcus inter liberos testatur etiam sine solennitate *d.l.hac consultissima.* Atque hæc fuit antiqua quæstio Martini de Fano. Tenent autem hanc sententiam *Bald.num.2. Caſtr.num.9. verſ. at cum humana. Alex. num.13.14. Iaſ.num.4.ibi Alphan.in collect.num.153.DD. in d. §. cæcus. ibi Vigl.num.3. Rolandin.de testament.rubr.61.num.9.Dilect.d.cautel. 8.num.4. verſ.hoc tamen fallit. Rol.à Vall.conſ.82.per tot.lib.1. Cephal.conſ.72. per tot. Clar. §.testament. quæſt.17.num.2. Menoch.de præsumpt.lib.4.com.1.præsumpt.6.* Et hanc *locis præcitatis* communem *Iaſ. & Vigl.* & magis communem, à qua recedendum non sit, *Rol.à Vall. Ceph.& Clar.* dixere, refert & sequitur *Graſſ. §. testament. q.11. num.7.* Mouentur principaliter omnes hac ratione, quod quando pater inter liberos testatur, suspicio falsitatis cesset, propter quam solennitas *d. l. hac consultissima.* introducta sit.

Contrarium autem tenent *Caſtr. conſ.362. num.1.2. lib.2. Alciat. consil.32. num.2.cum ſeqq. lib.9.*

Porro vtramque opinionem ponit & *Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib.2.interpret.1. dub.1.ſolut.4.num.98.* vbi tandem tertiam distinguentem addit.

Sublimita hanc limitationem, vbi quæstio non solennitatis tantum, sed & Voluntatis oritur, puta, cœcus vult testari inter liberos sine solennitate: Notarius illum pluries monet, dispositionem ita ordinatam nil valituram. Testator autem refractarius nihil se iuris solennitates curare dicit, & ex animi sui sententia testatur. Nam is voluisse videtur, vt testamentum non valeret, *l. an inutilis.8. infr.acceptilat. l. non ſolum.30.infr.act.& oblig. Ludouic. Roman. consil.179.num.21. Dec.in l.2.num.6.verſic.quandoque venientes ab intestato. C. bon.poſſ.ſecund. tab.* Et hunc casum se in facti contingentia 239

Adde dicta ſupr. n.16.

gentia

gentia habuisse testatur *Sim. de Prat. loco præcit. num. 99. addatur Dominic. de Magdal. de num. testium in testam. requisito, part. 1. cap. 5. num. 6. cap. 6. num. 13.*

Limita 3. in testamento ad pias causas. *Ita locis præcit. & Philipp. Franc. vers. tertio quæritur.*

Limita 4. quando statuto expresse & specifice tolleretur forma *d. l. hac consultiss. DD. ibi. & Dec. n. 40. Phil. Franc. ad rub. loc. præcit. vers. secundo quæritur.*

Limita 5. Nam cœcus omnes contractus facere, sed & testificari potest, si contrahentium vocem notam habeat. Aduocatus autem esse, aut ad dignitatem aspirare nequit, licet eam retinere possit, *Ias. d. l. hac consultiss. num. 7. ibi Dec. num. 42. 44.*

Et quomodo probetur quis cœcus, qui clausos oculos nõ habet, tradũt *Ias. ibi. n. 8. Dec. n. 45. Rolan. d. rub. 61. num. 10.* qui etiam formulam testamenti proponit *num. 1. & seqq.* Et hoc testamentum signatum cœcus alicui quem probauerit, conseruandum mandare potest, *Lud. Lana de form. testam. n. 28.*

240 XI. Hinc infertur, quod seruus testari nequeat, *can. illud. 13. quæst. 2. l. filiusfamilias. 16. & l. si filiusfam. 19. h. tit. n. l. quod attinet. 33. & l. seruitutem. 210. inf. reg. iur. Specul. d. §. compendiose. n. 1. Bart. in d. l. si quæramus. nu. 4. ibi Bald. nu. 4. Panorm. ad d. rubr. vers. decimo. Phil. Franc. loco præc. vers. decimonono prohibetur. Rolan. de testam. rubr. 2. n. 34. Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 1. n. 97. cum seqq. & 101.*

Amplia hanc illationem 1. vt seruus ne statuto quidem ad factionem testamenti actiuam habilitari possit, *Bart. d. l. si quæramus. num. 5.*

Amplia 2. vt quamuis ei Dominus permittat, nihilo magis tamen iure testari possit, *arg. l. qui in potestate. 6. in prin. h. tit. n.* etiamsi ad pias causas testari velit, *Phil. Franc. post Bart. loco præcit. Alex. cons. 182. nu. 6. lib. 5.*

Amplia 3. vt idem sit, etiamsi liber factus decedat, *d. l. si filiusfamilias.*

241 Limita tamen hanc doctrinam 1. in ascriptitiis & censitis colonis: Nam testari possunt: *glos. in princip. verb. aut serui. Institut. iure person. glos. in l. 2. verb. alienare. C. in quib. caus. colon. domin. accus. poss. lib. 11. Specul. d. §. compendiose. num. 1. & 2. Bart. in d. l. si quæramus. num. 4. Philip. Franc. loco præcit. l. si quis presbyter.* x *20. Cod. de episcop. & cler.* dummodo inter suos de sua familia testentur, *gloss. d. l. 2. Specul. d. §. compendiose.* y *num. 1. Bart. d. l. si quæramus. num. 4. arg. l. cognouimus. 10. C. hæret. & Manich. & l. si quis incesti. 6. C. incest. nupt.*

Porro de propriis z Germanorum hominibus eleganter disserit *Zas. in l. seruus. & in l. cum debitoris. n. 5. 6. 7. 8. C. de iudiciis in lib. 1. singul. respons. cap. 3. num. 76. 77. & cons. 19. num. 1. 2. 3. 4. 5. lib. 2. Et in præcitat. quidem cap. 3. num 77.* sub dubio forte tenet, testamenti factionem eos habere, licet nullum

x Ponit textus regulam: quod presbytero & aliis ibi nominatis decedẽtibus, nullo condito testamento, succedat Ecclesia. Limitat autem textus regulam ibi in bonis ascriptorum & libertorum, quæ debẽtur patrono, moriente ascripto ab intestato. Quare quum exceptio sit de regula, & regula loquatur de decedentibus, testamẽto nõ condito, qui testamenta facere potuissent: Sequitur, illum quoque textum hoc probare, quod tales testari queant. Hũc autem textum *Ioan. Andr. in addit. ad Specul. num. 1. verb. presbyter.* dicit nihil facere ad propositum. Hic author multis prodigiosis elogiis ornatur, quod fuerit lux mundi, fundamentum iuris: & quod potuisset DD. silentium imponere, si diligenter ad iura aduertisset. Hoc autem illum non fecisse queruntur aliqui, sed huc spectasse, vt multa scriberet, vt post alios refert Benedict. *verb. in eod. testamento relinquens. el 1. n. 65. & Euerh. in top. in loco ab authoritate.*

y Speculator allegat ibi ad hoc *Authent. si quis presbyter. C. episc. & cler.* At Ioann. Andreæ *ibi in addit. verb. presbyter.* dicit, nos hanc Auth. hodie non habere.

z De hominib. Germanorum propriis extat libellus Ioan. Friderici Husani. Sciendum autem, quum iam olim libertinorum status tripartitus fuerit, eorum scilicet, qui iustam libertatem consequerentur, & Latinorum atq; dedititiorum: Accursium *in §. fin. verb. dedititiorum Instit. de libertin.* ita hæc interpretari, vt existimet, dedititios in vita seruos, mortuos vero liberos: Latinos econtra in vita liberos, mortuos seruos esse. Etsi autem hæc erronea opinio sit, vt ex Cicerone, Caio, Vlpiano, & Theophilo, Alciatus *in lib. 1. παρέργ. cap. 16 Barnab. Brisson. de verb. signif. lib. 10. verb. libertorum. & Mynsinger. d. § fin.* docuere: Tamen hic error iampridem ius effecit: vt proinde & glossa *art. 44.* Landtrecht. *lib. 1* Accursii sententiam retinuerit. Hinc fit, vt Latini, qui sunt in terris Saxonicis Laten/oder Lassen/litones, interdum fauorabiliter, bonorum videlicet respectu, ex iure litonico in ius seruile, dedititiorum scilicet transferantur: etsi dubium nullum sit, si personæ conditionem in vita ipsius spectes, Latinorum vel Litonum conditionem, vtpote inter libertos & dedititios mediam, & sic potiorem esse. Litonib. enim seu Latinis in vita liberis, sed postea seruis, dominus succedit, vt glossa præcitata iuris Saxonici exponit: quum aliud sit in dedititiis, quorum ius perpetuo quidem seruile est, sed ita vt mortui liberi sint: ac proinde illorum bona ad dominum non ita pertineant, vt bona Latinorum seu Litonum. De muliere porro propria num ea testamenti faciendi ius habuisset, nuper dubitatum scio, vt supra quoq; *num. 131.* memini.

ſibi exemplum compertum eſſe dicat. At *in d.l. ſeruus.num.8.* mores & conſuetudines putat conſulendos. Conſtat autem ex præcitatis, teſtari eos poſſe, niſi conſuetudo ſit in contrarium. *Mynſing. obſeruat.23. cent.2.*

Et huc etiam pertinent ii, quos manumortales, vel manus *a* mortuas appellamus. De quibus diſſerunt *Maſuer. de vlt. vol. num.20. Guid. Pap. deciſ. 361. Carol. Molin. ad conſuetud. Pariſ. tit.1. §.41.num.54.55. & conſ. 16. Benedict. verb. & vxorem nomine Adelaſiam. num.393.394. Ioan. Bodin. de repub. lib.1.cap.5. fol.40.cap.6 fol.59.c.9 fol.109. Hotom. conſ. 2.3.4. Peccius de amortizat. bon. cap.1.*

a Manus mortuæ duobus modis dicuntur: I. Quum enim manus idē ſit, quod poteſtas, vt ex iure noſtro liquet, & docet *Carol. Molin. ad conſuet. Pariſ. tit 1.§.1.gl. 4.nu.*50. Hinc manumortales vel manus mortuæ in Gallia dicuntur, qui quondam ſeruitute liberati, ſeruilem quandam ſpeciem retinent, & ſunt perſonæ conditionatæ ſeruitutis, vt ſunt aſſcriptitii. His domini ſuccedunt interdum, neque pro arbitrio teſtantur. Videantur DD. locis præcitatis. II. Dicuntur manus mortuæ corpora bonorum capacia, quæ non mutantur, vti nec poſt mortem alia mutatio eſt. Ita Eccleſiæ dicuntur manus mortuæ. *Carol. Molin. d.§.41.num 55. Petr. Gregor. in ſyntagm. iuris part.1.lib.6.cap 5.num.7. part.2. libr.15.cap.38.num.5. part 3. lib.10.cap.11. num.4. lib.25.cap 8 num.2.* Ergo quando feudum donatur Eccleſiæ, dicitur peruenire ad manus mortuas, ſed melius diceretur peruenire ad manus perpetuas: quia Eccleſia nunquam moritur. *Luc. de Penn. l. ſi quis. C. diuerſ. præd. vrb. lib.10. addit. ad And. de Iſer. c.1. verb. Eccleſia de feudi cognit. Afflict. c.1.§. donare. num.13. qual feud. olim. idem c.1. in pr. qu.17. num.8. de prohib. feud. al. per Frid.* Hinc ſunt amortizationes bonorum, de quibus *per Petr. Bellugam in ſpeculo princip. rub.14. Ægidii & Pet. Peccii in tractatibus ſuis de amortizat. Molin. d.§.41.*

2. Limita in ſeruis principis, vt eſt *Nouell. Leon.38.* conſtitutum. Adde & ſeruos publicos populi Romani, qui pro parte bonorum dimidia teſtamenti factionem habuerunt. *Iacob. Cuiac. lib.17. obſeruat. cap.24.*

XII. Hinc infertur, hæreticos & credentes hæreticis, &c. teſtari non 241
poſſe, *b* & eorum bona confiſcari, *c. cum ſecundum. 19. de hæretic. in 6. Con. Brun. de hæretic. lib.5. cap.11. Carrer. num.151. Graſſ. §. teſtamentum. qu.29.* vſque adeo, vt licet olim hæreticus ſucceſſores liberos orthodoxos habuerit: *l. cognou.10. & Auth. idem eſt. l. Manich 4. & Auth. credentes. C. de hæret. & Manich.* Tamen hodie etiam liberi eorum catholici à ſucceſſione excluduntur: Quum longe grauius ſit, æternam quam temporalem offendere maieſtatem. *c c. vergent.10. de hæret. c.2. de præſcript. in 6. Auth. Gazar. C. de hæret. & Manich. Paul. Chirland. de hæretic. qu.3. num.4.5.* vbi alios quoque caſus proſequitur, in quibus delicta parentum filiis nocent, *& qu. 4. Gundiſſal. qu.23.num.1. cum ſeqq. Simanc. de cathol. inſtit. tit.9.num.1. & tit.29. Ioan. Royz. part.2.num.354. Zanchin. cap.25.num.4. & cap.28. Brun. d.cap.11. Tiber. Decian. in prax. crimin. lib.5. cap.20.num.2.4.5. cap.26 num.3.cap.45.* Quæ eſt communis & receptiſſima DD. ſententia, pro qua latiſſime reſpondit *Roland. à Vall. conſ 8. per tot. maxime num.43. vſque ad fin. & conſ.75. num.1. & ſeqq. libr.3. Bellon. conſ.78. num.15. Iul. Clar. in praxi crimin. § hæreſis. num. 8.9 & num.13.14. cum ſeqq. Iacob. Menoch. de arbitr. iudic. libr.2. cent.4. caſu 374. num.3. Petr. Gregor. in ſyntagm. iur. part.3. lib.33. cap 8.num.10.11.* quo fit, vt teſtamenti factione careant. *d c. excommunicamus. 13. §. credentes. de hæretic. & d.l. Manich. cum d. Auth. credentes. l. fin. C. ne ſanct. baptiſm. iter. Specul. d.§. compendioſe. num.12. Panormit. d. rubr. verſic. duodecimo. Philipp. Franc. dict. rubric. verſ. decimoquinto prohibentur. Roland. de teſtam. rubr.2. num.32. Vaſqu. de ſucceſſ. progreſſ. lib.1.§.1. num.*

b Si hæreticus eſt incapax factionis teſtamentariæ actiuæ: multo fortius incapax erit factionis teſtamentariæ paſſiuæ. Melchior Palaez *in tr. maioratuum part.1. q.1.n.69.*

c Ratio in hiſce textibus adducta non vſq; adeo eſt cōcludens: quum hæreſis errorē pro ſubſtantia, crimen læſæ maieſtatis dolū requirat. Et vt maxime admittatur, perpetua non eſt: *Tib. Decian in prax. crim. lib. 5 cap 26.nu.7.* Magis cōmoda ratio forſan erit delicti atrocitas, de qua per *Decian. d. libr.5. cap.19.* quod iuxta Euangelica vaticinia, fine huius ſeculi appropinquāte, maxime graſſabitur, vt proinde multis graſſantib. pœnæ ſint exaſperandæ. Azo, Hoſtienſis, Ioann. Andr. & alii exiſtimant, iuris ciuilis ſententiam, vtpote benigniorem, de qua *in d l. Manich. & iurib. concord.* ſeruandam, repudiata iuris Canonici ſententia: quum vbi noxa non eſt, ne pœna quidem eſſe debeat. Quam opinionem clariſſ. IC. Georg. Obrecht. Argent. in diſputatione publica, de patrimonio mulierum, *An.1586. theſi* 123.124 125.126.127. defendit. Sciendum a. *Auth. Gazar. C. de hær. & Manich.* congruere cum *d. c. vergentis.* vt proinde hodie eadem ſit iuris ciuilis & Canonici ſententia. Quod poſtillæ *ad d. auth. Gazar.* in editione Charondæ & Pacii habent. Quod ibi porro annotatum eſt, verba *d. c. vergentis* deprompta eſſe *ex d. auth. Gazaros.* σφάλμα eſt. Nam *c. vergentis.* Innocentio III. tribuitur, qui multis ante Fridericum II. authorem illius Nouellæ, annis, ſedit. Quæ autem iura ſeruanda ſint in cauſa hæreſis, diſputat *Tiber. Decian. in prax. crim. lib.5. cap.26. & num.3.* textum huius *c. vergentis. cum l. Manichæos & l. cognouimus.* pulchre conciliat.

d Quod tamen hic dicitur, hæreticorum bona confiſcari, non procedit in Imperatorib. & regib. vt ad longū deducit Author libelli de poſtremis motib. Galliæ *fol.78.291.* & E.D.L. in Apologia Catholica cōtra perturbatores regni Franciæ, *part.2.n.8 fol.61. cum ſeqq. Pet. Martyr. in lib. Iud. c.19. fol.185. & ſeq. VVaremund. de Erenberg. in lib. veroſimilium. c.2.n.17.18.*

num.166. And. Gail.lib.1.de pace publ.cap.19.num.17. Petr. Gregor. in syntagm.iur. part.3. lib.33. cap.8. nu.10. 11. Grass. §. testamentum. quæst.29. Imo testamentum factũ ab hæretico, postmodũ reuerso ad fidem, non reconualescit: quum ab initio nullum fuerit, *Sim.de Prat. de interpr. vlt. vol.lib. 2.dub.1.sol.4.nu.56.*

243 Hæc decisio, quod hæretici testari nequeant, est vulgaris & notissima. Sed iam oritur difficillima quæstio: Qui sunt hæretici. Scire nostrum non est propter scire, sed propter operari, id est, finis iuris est practica.

Ego de materia hæreseos, quæ amplissima & huius loci non est, minime laboro: sed tantum definitionem veram hæretici quæro, sine qua, ad practicam, hanc decisionem deducere non possumus.

Et licet vere catholici, reformatas Ecclesias, pro hæreticis minime habeant: qua de re apologia catholica, Parisiis An.1586. excusa, *p.2.fol.199.& seqq.* consolatur: Aliis tamen alius sensus est: vti Author bruti fulminis *fol.168.ex c.nulli.dist.19.* refert. Quare quum Politicus magistratus officio suo sine exacta huius quæstionis noticia perfungi nequeat, vos admonitos volo, vt ad hæc diligenter attendatis.

Simanc.de cathol.instit.tit.45.num.1. suos pungit, quod nihil præter Bartolum & Baldum legant. Ego nostratium perstringo neminem: sed hoc solum ex animo opto, vt præstantes IC. & de hac doctrina, in qua reformatarum Ecclesiarum salus vertitur, accurate cogitent: Et quæ, de constitutione Imperii, ad pacem religionis spectante, nonnullorum, & maxime *Conrad.Brun.de haret.lib.3.cap.8.cum seqq vsq; ad fin.* sententia sit, etiam atq; etiam & diligentissime animo secum reputent: Disputat ille locis relatis, contra constitutionem Sacr. Rom. Imperii, & contra media amicabilis compositionis ibi expressa. Libro autem 5. & 6. talia media proponit, quibus florentissimæ totius orbis Christiani prouinciæ funditus pene huc vsque deletæ sunt.

De hæreticis autem multi & magni nominis DD. scripsere: Ex Iureconsultis, *Ambrof.de Vign. Ioan.Lopez. Paul.Chirland. Io.Nic.Arelatan. Gundis.de Villad. Ludouic.Carr. Arnald. Alber. Iacob.Simancas. Ioan.à Roy. Zanchin. Vgolin. Conrad.Brunus, Bernardin. Comens. Iul.Clar. Tiber.Decian. & plures alii.* Ex Theologis autem *Irenæus in libris contra Valentinianos, Philastrius, Tertullianus in lib.de præscrip.aduersus hæret. Epiphanius in opere contra octuaginta hæreses. B. Augustinus in libro ad Quodvultdeum de hæresibus. Damascenus contra Manichæos. Honorius presbyter lib. 7. qui est de Hæresibus. Leontius de sectis, qui actione 1. scribit:* Quatuor principales hæreses esse: duas pertinentes ad Theologiam de DEITATE: duas spectantes ad œconomiam, id est, ad doctrinam de persona & incarnatione filii DEI. Nam Sabellius docuit in DEITATE naturam vnam, & vnam hypostasin: Arius econtra tres hypostases, & tres naturas diuersas & alienas à se inuicem. Rursus de incarnatione DEI sermonis velut ex diametro inter se pugnabant Nestorius & Eutyches. Quippe Nestorius aiebat, duas naturas separatas, & duas personas, & duos Christos, & duos filios. Eutyches vero naturam vnam, & vnam hypostasin. Quæ etiam referuntur in legatione Theoriani ad Armenios, fol.57.& seq.in edit.Basileana Anni M.D.LXXVIII. Harmenopulus de sectis. Omnes autem hi libelli, puta, legatio Theoriani, Damasceni libellus contra Manichæos, Leontius & Harmenopulus de sectis vna sunt impressi, & hodie omnium manibus teruntur.

Ex Scholasticis citat Thomam, Bonauenturam, & Alexandrum de Ales, *Chirland. de heresi q.2.num.11.* Alios quosdam Theologos, qui eandem materiam tractarunt, recenset *Petr.Greg.in syntagm. iur. part.3. cap.5.* scripsere, & ante paucos annos *Gabriel Prateolus, & Ioan.Capet.* pontificii.

Porro ad nomen quod attinet, hæresis quidem multis modis accipitur, vt docet *Gemin. remissiue ad rubr. & in c. quicunq; n.4. de heretic.in 6. Felyn.ad rubr.eod.tit.in antiq. Ambrof. de Vicnate in tr. de hæresi.q.2. Astexan.in sua summa, lib.2.tit.de haret. qui est tit.58.in prin. Dec.consil.151.n.3. Porc.consil.110.n.6.7. ibi Marc. Mant. in consil. seq.* vbi recenset species hæresis secundum Pontificios, *Bellon.consil.78.num.2. Petr. Gregor. in syntagm.iur part.3. cap.4.nu.15. & cap.5.* At de genuino vocabuli sensu scribunt *Astex. Dec.d.consil.151. & Ambrof. de Vicnate d.qu.2.num.34. post alios.* hæresin proprie dici in duobus casibus: 1. Quando quis aliter sentit de articulis fidei, aut 2. de sacramentis, quam Romana Ecclesia.

Sed huic sententiæ obstare videtur *l. 2. Cod. de hæretic. & Manich.* vbi Imperatores Theodos. Valent. & Grat. A A. hæc habẽt: Hæreticorum autem vocabulo continentur,

& latis aduersus eos sanctionibus, succumbere debent, qui vel pro leui argumento à iudicio catholicæ religionis, vel tramite detecti fuerint deuiare. Ideo author bruti fulminis *rubr. secunda nullitas ex falsitate allegationis fol. 166. & 167. in prima editione.* quum præcitata verba recitasset, quis (inquit) illam definitionem probaret? quasi dicat, nemo. Et sic textum illum abiicit: qui tamen sensum sanum habet.

Quid autem hæresis differat à schismate, & apostasia, explicant *P.M. in Post. D. VIII. post Trinit. Augustinus Marloratus 1. Corin. 11. vers. 19. Bened. Aret. in problem. loco 46. Lamb. Dan. Christ. Isag. part. 3. cap. 39. & Petr. Gregor. in syntagm. iur. part. 3. lib. 33. cap. 11. Tiber. Dec. in praxi crim. lib. 5. cap. 18. vers. tertio. vers. trigesimoquarto. & cap. 60. cum seqq. Chirland. de hæresi. qu. 2. num. 6. cum seqq. Io. Nic. Arelat. notab. 44. n. 1. Gundiss. q. 3. 5. Carrer. n. 32. 51. Arnald. Albert. q. 2. nu. 2. Simanc. tit. 7. & 58. Io. Roy. part. 1. n. 491. vsq. 533. Brun. lib. 1. cap. 16. lib. 2. cap. 15. lib. 5. cap. 18.*

Breuiter autem percurremus substantialia requisita hæretici, de quibus DD. varie loquuntur. Nam aliqui tradunt, hæresin habere duo substantialia extrema, primum respicere hæresis principium, id est, errorem in ratione, secundum vero complementum, id est, pertinaciam in voluntate. Alii aiunt, ad hæresin proprie dictam tria requiri: 1. falsam credulitatem in rationali, 2. peruersam voluntatem in concupiscibili, 3. impugnationis pertinaciam in irascibili. De quibus videri possunt *Chirland. qu. 1. num. 6. & quæst. 2. Arnald. Albertin. qu. 2. num. 13. Simanc. tit. 17. num. 11. 35. & tit. 26. sit. 30. numer. 3. 4. Ioan. Roy. num. 35. cum seqq. & num. 40. 41. Carrer. num. 3. Brun. lib. 1. cap. 2. num. 9.*

At *Cardin. Florent. 2. part. sum. tit. 12. cap. 5. §. 1. cum seqq. quem referunt & sequuntur Ioan. Roy. part. 1. num. 40. cum seqq. & addit. fin. ad Zanchin. cap. 2.* quinque requisita numerat: 1. errorem in ratione, 2. errorem circa fidem, 3. vt is erret, qui catholicam fidem est professus, 4. vt errans aliquid de fide CHRISTI retineat, 5. vt susceptum errorem voluntate pertinaci & obstinata eligat & sequatur. De quibus omnibus dispiciendum erit. Definitionem satis concinnam tradit *Brun. libr. 1. cap. 1. num. 10.* Diuisionem habet *Tiber. Decian. in praxi crimin. libr. 5. cap. 17. num. 1.* quomodo probetur, docet *Zanchin. cap. 7. Brun. libr. 4. cap. 9. Mascard. de probat. lib. 2. conclus. 855. cum multis seqq.* de pœnis agit *Zanchin. cap. 18. 19. Brun. lib 5. per tot. Tiber. Decian. d. lib. 5. cap. 40. vsque 50. & 57.* de caussis *idem Brun. lib. 1. cap. 5. 6.* de vtilitate *Laurent. Ludouic. de synodo Ephesina. Brun. lib. 2. cap. 17. num. 10. & lib. 3. cap. 3. num. 15.* de specialibus *Tiber. Decian. in praxi crimin. libr. 5. cap. 20.* de iudicibus *idem Decian. ibi cap. 21. 22 23. 24. 25. Author libr. de postrem. mot. Galliæ, in editione VVecheliana Anni 1568. f. 78. & Apolog. Cathol. edita Parisiis Anno 1586. part. 2. f. 147.* de processu, *idem Decian. d. lib. 5. cap. 27. vsq. 53.*

Etsi autem hæreticum in genere, atque improprie cum multis aliis motis, tum illum etiam appellamus, qui à religione Christiana omnino alienus est: *Ambros. de Vignate in tract. de hæretic. q. 2. per tot. ibi Franc. Pegna in addit. num. 29.* quo sensu in constit. quæ Clementi tribuuntur *lib. 6. cap. 2.* dicitur: Hæreticos legem & Prophetas improbare: Tamen ad hoc, vt quis proprie hæreticus dicatur, requiritur I. vt CHRISTVM sit professus. Nam vt scribit D. Iohannes *in 1 cap 2. vers. 19.* E nobis egressi sunt. Et *Actor. 20. vers. 30.* Presbyteris Ecclesiæ Ephesinæ D. Paulus dicit: Ex vobis ipsis orientur, qui loquentur peruersa. *e* Vnde certo concludimus: Iudæos & Paganos, qui scilicet commune disputandi & credendi principium nobiscum non sumunt, haudquaquam hæreticos esse: sed omnem in Ecclesia & ex Ecclesia hæreticum oriri. *Astexan. in sua summa libr. 2. tit. 58. Ambros. de Vignate in tract. de hæret. d. q. 2. num. 34. ibi addit. Didac. Couarru lib. 3. var. resolut. cap. 1. num. 2. Iul. Clar. d. § hæresis num. 2. Petr. Greg. d. lib. 33. cap. 4. num. 5. cum seqq. Lambert Danæ. part. 3. Isag. Christian. cap. 38. Chirlan. de hæretic. q. 1. num. 3. ibi addit. Gundissal. q. 2. nu. 2. Arnald. Albert. de agnoscend. assert. hæret. qu. 1. num. 3. qu. 2. num. 2. Simanc. de catholic. institut. tit. 31. num. 4. 5. 6. 7. Ioann. Roy. num. 40. Zanchin. cap. 2. num. 20.* Quorum sententia est, in hæretico requiri, vt Christianam fidem edoctus, & baptizatus sit, aut pro baptisato se gerat. *Tiber. Decian. in praxi crimin. lib. 5. cap. 18. vers. secundo.*

e Hæreticus oritur in Ecclesia, & ex Ecclesia. Ergo non valet argumentum eorũ, qui sic ratiocinari solẽt: Ex hac, vel illa Ecclesia extitere Ariani: Ergo non est vera Ecclesia. Nam in Ecclesia oritur hæreticus, non extra eam. Ita Christus habuit Iudã. Et Paulus de Ecclesia Ephesina clare dicit: Ex vobis oriẽtur viri peruersa loquentes. Ex egressione autẽ colligimus, qui vere, qui male sentiant. Hæretici non manẽt in Ecclesia, sed ab ea egrediuntur.

Hinc

Hinc omnes hæretici ſcripturas iactant. *Iuell. contra Harding. art. 15. ſect. 16.* Non ergo de ſcriptura, ſed de intelligentia oritur hæreſis. *Ioan.* f *Capet. in lib. de hæreſi. cap. 27. Stanislaus Oſius Epiſcopus Varmienſis in libello, de expreſſo Dei verbo per tot. Gundiſſal. de hæret. qu. 1. num. 1.*

f Quæ Dd. hic relatiuè ... differũt, præclare ſeſe habent: hypothesin autem illorum Ecclesiæ reformatæ non admittunt.

Neque tamen ſufficit, vt hæreticus iam olim catholicam fidem profeſſus ſit: ſed neceſſarium eſt, vt etiamnum aliquam veritatem fidei Catholicæ credat. *Simanc. eleganter de cathol. inſtit. tit. 31. num. 13. Ioan. Roy. de hæret. num. 40. addit. ad Zanchin. de hæret. cap. 2. verb. qui ſtricto.* Qui enim prorſus à fide Chriſtiana diſcedit, Apoſtata dicitur. *Arnald. Albertin. de agnoſc. aſſer. hæret. qu. 2. num. 2.*

Atq; hoc pacto Dn. Scabini Lipſenſes, Anno 1549. menſe Martio pronunciarunt. **S. W. hat ſich einer/ mit Namen Chriſtoff Althans/ welcher hierbevor/ vnd verachtung Zehener Gebott/ deß Ampts Creutzburg vorweiſt/ widerumb in ewer befohlen Ampt/ gegen Burckhart Rode/ heimblichen eingeſchleifft/ allda eine newe vnchriſtliche Teuffelslehre vnd Gifft außgegoſſen/ darüber jhr jhnen/ vnd volgends auch etliche andere gefänglich einziehen/ durch geſchickte vnd gelahrte Prædicanten mit fleiß verhören laſſen/ vnd in vnſerm Chriſtlichen Glauben gantz vnrecht befunden/ Alſo/ daß er nicht gleubte/ die Menſchwerdung vnd Erlöſung vnſers HERRN Jeſu Chriſti/ leugnet die Aufferſtehung deß Fleiſches/ gleube das Wort Gottes nicht/ ſchilt die Kindertauff Zauberey/ vnd ein Grewel/ das Abendmal deß HERREN eine Abgötterey/ den heiligen Eheſtand Hurerey/ ſaget/ die Obrigkeit ſey durch den Teuffel in die Welt bracht/ Wo er nun ein Chriſt getaufft/ vnd auff ſolcher ſeiner Teuffelslehre halsſtarrig verharren/ vnd ſich durch Gottes Wort/ durch die Prædicanten/ keines wegs davon abweiſen/ jhme rathen/ vnd ſich lehren würde laſſen wollen/ So würde er nach vermüg geſchriebener Sächſiſcher gebrauchter Rechten/ mit dem Fewer zum Tode billich geſtrafft. V. R. W.**

Quemadmodum in partitione delictorum, quædam dicimus eſſe fori Eccleſiaſtici: quædam fori Cæſarei: quædam fori mixti: Ita quædam materiæ tam ad theologicas, quam ad iuridicas ſcholas pertinent, qualis eſt doctrina de hæretico & hæreſi. Hinc tituli quam plures in C. extant, ad hanc materiam pertinentes.

Quare de hac materia & præſtantes Theologi ſcripſere, Irenæus, Tertullianus, Epiphanius, Auguſtinus, Damaſcenus, Leontius, Harmenopulus: atque Iureconſulti noſtri.

Diuerſa tamen tractandi ratio eſt: Nobis enim in ſcholis noſtris ſatis eſt, ſi generalia quædam ſciamus: puta, hæretici definitionem, & alia, &c. Ea ſi habemus, contenti ſumus, & deinde officium noſtrum facimus, vt Aduocati, vt iudices, vt conſiliarii, vt magiſtratus. *Tiber. Decian. in praxi crimin. libr. 5. cap. 16. in princ.*

Scimus enim, hæreticum non poſſe teſtari, & multis aliis pœnis in iure ſubiugari.

At Theologorum hæc magis propria materies eſt: Quare illi omnia accurate pertractant & luculente. *Paul. Chirland. de hæret. qu. 2. num. 11.*

Communis ergo hæc quodammodo materia eſt.

Deinde à fine iuris extremo illum aberrare neceſſe eſt, qui hanc doctrinam exploratam non habet.

Eſt enim Iureconſulti finis triplex: I. priuatus, qui illi cum omnibus mortalibus eſt communis: & proinde huc proprie non ſpectat, vitæ ſcilicet priuatæ tuitio. II. Publicus, iſque duplex: 1. Vnus reſpicit politias, & præcipue conſiſtit in iuſtitiæ adminiſtratione. Hinc *ff. & Inſt.* præfixus eſt titulus de iuſtitia & iure. Nam vbi deſinit Phyſicus & Medicus, ibi incipit Ethicus & Iureconſultus, id eſt, à fine hominis. 2. Alter finis publicus concernit Eccleſiam in politiis hoſpitantem. Omnes enim Iureconſultos & Magiſtratus eſſe decet aduocatos Eccleſiæ. Hoc elogio ornatur Cæſar. Et cum

hoc iure inuestiuntur Electores, Duces, Principes, &c. cum aduocatia inquam Ecclesiarum. Hinc Codici præfixus titulus, *de summa Trinit. & fide cathol.* Et vt magistratus tanto rectius munus suum obiret, sub illo titulo & aliis quibusdam doctrina fidei catholicæ, & veterum hæreseon luculente est explicata.

Suntque in C. constitutiones 9. Quatuor habent vulgares codices: quatuor alias Charondæ & Pacii editiones addidere: omnium pulcherrima 9. extat in tomo 2. Conciliorum editionis nouissimæ *(mihi fol. 654.)* in actis synodi Constantinopolitanæ prouincialis. Et in editione Contiana *lib. 1. pretermissorum Codicis ad tit. de summa Trinit. & fide cathol.*

Quomodo autem officium suum Iureconsultus faciet, cui regula fidei explorata non sit? Agam autem de hoc argumento alibi, DEO volente, plenius.

Quare quum hæc materia cum Theologis quodammodo nobis communis sit, nemo mihi vitio vertet, si quædam sanctæ scripturæ loca ad quæstionis nostræ definitionem adduxero. Ex iure enim diuino & naturæ principiis omne ius nostrum deducitur.

Disserit de hoc argumento non inscite *Arnald. Albertin. de agnoscen assert. hæret qu. 16. num. 17. cum seqq.* Et quanquam definitionem magistralem seu doctrinalem (quæ assertio hæretica sit) Theologis tribuat: Tamen Episcopis consulit, vt ad talium quoque punctorum decisionem Theologos & Iureconsultos adhibeant. Exemplum est illustre apud *Iacob. Menoch. consil. 82. lib. 1.*

Alia de hæresi & hæreticis dubia, ad Canonistas & Legistas spectare docet.

Aliam distinctionem habet *Ioan. Roy de hæretic. num. 399. cum seqq. Zanchin. cap. 8.*

Electorum autem, Principum & Statuum, Augustanam confessionem profitentium, Episcopales audientiæ, aut, vt vocantur, Consistoria, indistincte ex Ecclesiasticis atque politicis personis constant.

Tum (1) quod & iam olim in suo populo DEVS Opt. Max. diiudicationes grauium & Ecclesiasticarum quæstionum, ad iudicem simul atque sacerdotes spectare voluerit: quod luculente explicat *Carol. Sigon. de republ. Hebræor. lib. 6. cap. 7. refert Tiber. Decian. d. lib. 5 cap. 21. num. 3.*

Tum (2) quod in synodis quoque, Laici idonei atq; eruditi votum definitiuum iure habeant, quod iam olim Scripturis sanctis conuenienter *Marsil. Patauin. pro Cesare Ludouico, lib. 2. cap. 19. & 20.* atq; ex synodo VIII. generali, *Ioan. Kym. in Hercule Pontif cap 2.* & hodie omnium per vniuersum orbem reformatarum Ecclesiarum Pastores & Doctores vna & voce atq; mente professi sunt, & profitentur. Catholici autem, vti vulgo appellantur, crimen hæreseos mere Ecclesiasticum esse aiunt. *c. vt inquisitionis. § prohibemus. de hæret. in 6.* Quare Magistratum politicum suum tantum exequutorem regulariter esse volunt. *Simanc. tit. 36. num. 8. 9. Brun. lib 4. cap. 14. 15. Tib. Decian in prax. crim. libr. 5. cap. 25. Robert. Bellarminus tom. 1. disput. controuers. prima gener. lib. 3. cap. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. & eod. tom. contr. 5 gen. lib. 3. c. 17. 18. 19.*

II. Requiritur error *g* in intellectu, qui est hæreseos principium. Hinc Impp. Grat. Valent. Theod. AA. hæresin obstinatioris animi dementiam appellant *in l. 2. C. de summ. Trinitat. & fid. cathol. c. hæresis. 24. q. 3.* Ita enim hunc locum Hieronymi intelligunt DD. *Alexan. loco præcitat. prope fin. Ioan. Lopez. in allegatione hæresis. §. 2. per tot. Porc. consil. 110. num. 12. Tib. Decian. cons. 5. num. 1. & 2. lib. 2. Menoch. de arbit. iud. lib. 2. cent. 4. casu 360. num. 8. Petr. Greg. loco præcit lib. 33. cap. 4 per tot. & maxime num. 16. Lamb Dan. Isagog. Christ. part. 3. cap. 38. Min. Celsi. in lib. de hæret. capit. supplic. non afficiend. per tot. Iul. Clar. d § hæresis. n. 2.* qui dicit, hanc communem DD. concordem & vnanimem esse sententiam. *b* Quemadmodum autem error in dogmate necessa- 244

g Quid si aliquis nō per errorem, sed prudens sciens veritatem agnitā oppugnet? Hoc nominant scripturę peccatum contra Spiritum sanctū, dummodo voluntarie peccet, vt epistola ad Hebræos requirit. Hinc ergo sequitur I. decisio quæstionis: Vtrum simplex & purus hæreticus, in quo nulla alia concurrunt, vltimi supplicii pœna feriendus sit? De qua disserit *Min. Cels. in tract. de hæret. capit. supplic. non afficien. per tot.* Videatur etiam *Lamber. Danæus Christian. Isagog. part. 3 cap. 44.* II. Deinde hinc sequitur, non consistere rationem decidendi adductam *in d. Auth. Gazaros. & in d. c. vergent.* vbi hæresis cum crimine læsæ maiestatis diuinæ comparatur. Verum longe maius est lædere maiestatem diuinam quam humanam. At hæresis & crimen læsæ maiestatis inter se non conueniunt. Hoc enim dolum, illa errorem pro sui substantia requirit.

b Iulius Clarus ibi ait, requiri, vt scienter erret: & dicit esse omnium DD. sententiam.

necessarius est, ad hoc, vt aliquis hæreticus sit: ita & scientia requiritur hactenus, vt ille norit, se eiusmodi dogma amplecti, cuius contrarium orthodoxa & catholica IESV CHRISTI Ecclesia credat. Hinc B. Augustinus *in lib. 4. contra Donatistas, cap. 16.* Constituamus (inquit) aliquem id sentire de CHRISTO, quod Photinus opinatus est, existimantem istam esse fidem Catholicam: istum nondum hæreticum dico, nisi manifestata sibi doctrina Catholicæ fidei resistere maluerit, & illud quod tenebat, elegerit. Hinc *Iul. Clar. loco relato* scribit: Eum demum hæreticum esse, qui scienter errat, hanc omnium sententiam esse dicens quæ hoc pacto intelligenda erit. Nec enim dubium est, proprie non hæreticos, sed in Spiritum DEI sanctum blasphemos dici, qui volentes scientes manifestæ veritati bellum inferunt. Adde his *Ioan. Capet. in lib. de hæret. cap. 4. & c. 24.* vbi tamen blasphemos, *b* qui scilicet falsa dogmata scientes prudentes disseminant, cum hæreticis permiscet: quod & *Simancas* fecit *de Cathol. institut. tit. 26. num. 2.*

b Blasphemiæ maius quam hæreseos crimē est. Blasphemus scit, se nō modo cum Ecclesia Christi belligerari: sed & falsum dogma tueri: Hæreticus autem in dogmate errat, etsi sciat, Ecclesiam contrarium illius dogmatis tueri. Eligit ergo hæreticus SCIENTER contrarium eius, quod catholica Ecclesia tradit. *Simanc. de cathol. institut. tit. 30. num. 4. & tit. 31. num. 4. 10.*

Ex hoc autem requisito infertur I. ad hoc, vt quis scienter errare, hoc est, à doctrina Ecclesiæ prudens sciens discedere dicatur, necessarium omnino esse, vt de capite illo, in quo erratur, doctrina Ecclesiæ manifesta & euidens sit. Nam si inter Ecclesiæ Doctores, fundamentum retinentes, de aliquo dogmate disceptetur, hæreticus error non est, etsi eam quis sententiam amplexus fuisset, quā Ecclesia postea reprobasset. Ita B. Cyprianus, & alii sanctissimi Ecclesiæ patres recte ab hæresi vindicantur, *Ioann. Nicol. Arelat. de hæret. notab. 15. Simanc. tit. 26. nu. 3. 4. 5.* errorem eiusmodi insuperabilem appellans, *Angel. Perusin. infra num. 246.* citatus. *Tiber. Decian. in prax. criminal. libr. 5. §. 17. vers. quinto nisi. c. 18. versic. primo. vers. nono. vers. decimo.* vbi B. Irenæi, Theophylacti & Bernardi exempla adducit, *Ioann. Roy. part. 1. num. 56. 58.* qui de Lombardi & Gratiani erroribus meminit. Quæ ad ætatis nostræ certamina quædam iudicio orthodoxæ & Catholicæ Ecclesiæ indecisa, prudenter & pie accommodari possunt.

II. Hinc infertur, hæreticos non esse, qui vt homines idiotæ & simplices errant, quum à doctrina Ecclesiæ discedere nolint: sed errorem suum doctrinæ Ecclesiam esse putant. Ita habet celebris sententia *Innocent. c. 1. num. 7. de summ. Trinit. & fid. cathol. Ioann. Nicol. Arelat. notab. 33. Gundissal. q. 2. num. 3. 4. Carrer. num. 8. Albertin. quæst. 2. num. 11. Simanc. tit. 17. num. 21. Ioan. Roy. part. 1. num. 64. & part. 2. num. 269. Zanchin. num. 2. ibi addit. verb. si simpliciter. & verb. licet.* vbi etiam de protestatione, (credo vt ecclesia credit) disserunt, *Tiber. Decian. in prax. crimin. cap. 17. versic. tertio nisi. lib. 5. & cap. 18. versic. decimooctauo. & versic. trigesimonono. & versic. quadragesimoquarto.* De gradibus autem erroris & ignorantiæ disputat *Simanc. tit. 26.*

B. Ignatius in epist. 11. quæ est ad Ephesios: Omnis homo, qui discernēdi vim à DEO accepit, supplicio subiicietur, si imperitū sequatur Pastorem & falsam opinionē amplectatur ꝓ vera, &c. & paulo post: Cur n. quum ratione vtamur, non sumus prudētes? Cur accepta à Christo insita nobis diiudicandi facultate, in ignorantiam prolabimur, & per socordiam nō agnoscentes donum, ꝙ accepimus, imprudenter perimus?

III. Infertur, eos qui sua dogmata Ecclesiæ correctioni submittunt, & se idem cum Ecclesia credere protestantur, hæreticos non haberi, *Ioan. Roy. part. 1. num. 61.* De cuius tamen protestationis intellectu vide eundem *ibi num. 64. cum sequentib. Arelatan. notab. 33. Gundissal. quæst. 2. num. 3. Carrer. num. 8. Albertin. quæst. 2. num. 11. Simanc. tit. 17. num. 21. Zanchin. de hæret. num. 2. ibi additio. Tib. Decian. in prax. crimin. libr. 5. §. 18. vers. vndecimo. & vers. vigesimo quarto. & cap. 55.*

IV. Notabiliter infer ad errantēs de ecclesia, qui videlicet credunt, se adhæ-

adhærere Ecclesiæ CHRISTI. *Tiber. Decian. in prax. crimin. libr. 5. §. 18. versic. trigesimo quarto.*

III. Vt proprie hæresis dicatur, requiritur, vt error sit in fundamento, & regula fidei. *i* *l. 1. C. de summ. Trinit. & fid. cathol. l. 2. C. eod. tit. l. quicunq. 8. ibi gl. verb. Eutychetis.* k *C. de hæret. & Manich. Tertul. in lib. de præscrip. aduers. hæret.* Hæc (inquiens) regula à CHRISTO instituta, nullas habet apud nos quæstiones, nisi quæ hæreses inferunt, & quæ hæreticos faciunt. *Author bruti fulminis sub rubr. secunda nullitas ex falsitate allegationis. Lambert. Danæ loco præcit. cap. 38. Hotom. cons. 57. nu. 24. per text. §. si quis de prædict. in Auth. vt cum de appell. cognos.* Et omnes quidem consentire de hoc constat, quod error in fundamento hæreticum faciat. *Gemin. remissiue ad rubr. & c. quicunq. nu. 4. de hæret. in 6. Dec. cons. 151. n. 3. Porc. cons. 110. nu. 67. & Marc. Mant. in cons. seq. per tot. Astexan. loc. relat. in pr. Pet. Greg. d. lib. 33. cap. 4. n. 15. & cap. 5.* vsq; adeo, vt qui vel pro leui argumento à iudicio catholicę religionis, vel tramite, i. e. à fundamento deuiat, hæreticus censendus sit. *l. 2. ibi Salyc. C. de hæret. & Manich.*

i Theodosius cum Thessalonicę morbo grauissimo conflictatus esset, baptismo initiatus est ab Acholio Episcopo Thessalonicensi orthodoxo. Eodē tempore edidit hoc pium & salutare edictum: Quinam sint cēsendi catholici, qui hæretici. Cuius summa hæc est: Catholicos cēsendos, qui eam religionem amplectantur, quam tradiderunt D. Petrus Apostolus, Pontifex Damasus, & Petrus Alexandriæ Episcopus, cæteros hæreticos iudicandos. Porro symbolum Damasi Papæ extat in 2. tomo operum S. Hieronymi. Cum beato autem Damaso idem docuit & credidit S. Petrus Alexandrinus Episcopus, vt colligitur ex tripart. historia *lib. 7. cap. 37. lib. 7. cap. 14.* Idem, inquam, hi docuere de regula fidei, quod beatus Athanasius, cuius symbolum cotidie in templis decantatur. *Confessio Tigurina Anno 1566. edita in princip.*

k Ibi dicitur hæreticus, qui non credit in conciliorum statuta, id est, Niceni, Constantinopolitani, Ephesini, Chalcedonensis.

Impp. Theodos. Valent. & Grat. AA. ibi definiunt hæreticum, qui vel pro leui argumento à iudicio Catholicæ *l* religionis vel tramite detecti fuerint deuiare. Author bruti fulminis loco præcitato, quum recitasset hanc definitionem, subiicit: Quis illam definitionem probaret? id est, nemo. Aliqui textum ita intelligunt, quod sufficiat, leui argumento aliquem suspectum esse, vt procedatur ad inquirendum, *Mascard. de probat. lib. 2. conclus. 854. num. 25. cum sequentib.* dicens hunc verum sensum quem inquisitores sequantur: etsi eum recte improbet *Tiber. Decian. in prax. crimin. lib. 5. cap. 16. versic. tertio.* Ego puto, textum de fundamento & regula, seu articulis fidei agere: idque illa verba (à iudicio catholicæ religionis, vel tramite) mihi manifeste probant. Trames enim vel iudicium catholicæ religionis aliud nihil, quam fundamentum & regula fidei esse potest. Et ita Accursius atque Salycetus textum illum accipiunt. Neque te moueant illa verba (pro leui argumento.) Nam leue idem est, quod minimum. *c. sedes. 15. extr. de rescript.* Vt sit sensus: hæreticū esse, qui in minimo argumento, vel in minimo puncto, à fundamento & regula recedit. Suntne ergo, inquies, quædam in regula fidei minima? Respondeo primo: Ita & CHRISTVM saluatorem *Matth. 5. vers. 19.* loquutum esse: Quisquis soluerit vnum ex hisce mandatis minimis, minimus vocabitur in regno cœlorum. Minima legis mandata vocat ex sensu hominū. *m* Nam etsi non idem omnib. pondus inest: sed dū aliis conferuntur, alia aliis minora sunt: nihil tamen minutū censere fas est, de quo præcipere dignatus est cœlestis legislator. Quare vbi minuta præcepta vocat Christus, species est cōcessionis. Ita Caluinus, citante Marlorato. Secundo respondeo: In textu nostro verba comparatiue: non quo ad singula capita fidei inter se, sed quo ad integrū corpus & minimum apicem illius corporis & scripturarū accipi debere: vt sensus sit, hæreticum esse, non solum qui in duob. aut plurib. articulis fidei, sed qui in minimo apice & puncto, ad regulam fidei pertinēte errat, aut fundamentū labefactat. Quædam n. directe ad disciplinam fidei pertinent, vt sunt articuli fidei, qui per se credendi proponuntur: in quib. error per se & simpliciter hæreticum facit: dummodo cætera paria sint. Quędam vero indirecte ad disciplinam fidei pertinent, in quantū ipsa non proponuntur, vt per se credenda, sed ex negatione eorum sequitur aliquid, quo labefactatur fundamentū: puta, si negaret aliquis, Isaacum fuisse filium Abrahami, aut simile aliquid, quod scriptura continetur, si vel minimum argumentum sit. Ex tali n. negatione sequeretur, S. scripturam aliquid falsum continere, & consequenter canonicæ scripturę authoritas labefactaretur. Talis ergo, si intelligat, quid ex sua negatione sequatur, & tamen negando pertinax sit, vere hæreticus erit. Ita in effectu sentit *Arnold. Albertin. de agnoscend. assert. quæst. 2. num. 9. cum seqq. & num. 12.* omnes Doctores reprehendit, quod circa intellectum huius textus errarint. *Tiber. Decian. in prax. crim. lib. 5. cap. 17. num. 1. & vers.*

l Catholica religio illa est, quam IESV CHRISTI Ecclesia Catholica per vniuersū terrarū orbē dispersa amplectitur & ꝓfitetur: Darumb wir in vnserm Symbolo singē/ Die gantze Christenheit auff Erdē/ hält in einem Sinn gar eben. Hæc est regula fidei symbolo Apostolico, & omnibus eum eo cōgruentibus synodicis definitionibus comprehensa.

m P. M. putat esse ironiam, *in Postill. Dom. 6. post Trinit.*

& vers. tertio. Quod si alio quam ad fundamentũ & ad regulam fidei decisionem Impp. accommodare velimus, defendi ea non potest, vt recte author bruti fulminis indicat. Nam diserte scriptura sancta pronunciat, super fundamentum etiam electos ædificare suas quasdam stipulas. Deinde omnium ætatum historia testatur, singulos fere patrum orthodoxorum suos quosdam næuos habuisse.

245 Ergo etsi hæresis multis modis accipitur, vt docet *Geminian. remissiue ad rubr. & c. quicunq. num. 4. de haret. in 6. Felin. ad rubr. eod. tit. extr. Ambros. de Vign. de hæresi qu. 2. Astexan. loco præcit. de hæretic. lib. 2. tit. 58. qu. 1. Chirland. q. 1. num. 2. q. 2. nu. 1. 6. Albertin. qu. 1. n. 3. Simanc. tit. 30. num. 2. tit. 31. num. 2. Zanchin. cap. 2. Gundissal. qu. 1. num. 3. 4. Dec. cons. 151. nu. 3. Porc. cons. 110. nu. 6. 7. ibi Mant. cons. seq. Bellon. cons. 78. num. 2. Petr. Gregor. in syntag. iur. part. 3. lib. 33. cap. 4. n. 15. & cap. 5.* Tamen & catholici consentiunt, proprie hæresin in duobus casibus dici, quando scilicet error est de articulis fidei, aut sacramentis Ecclesiæ. Ita tradit post alios *Ambros. de Vign. d. qu. 2. num. 34. Astexan. loco præcit. & Dec. d. cons. 151. Tiber. Dec. in prax. crimin. lib. 5. c. 18. vers. vigesimo septimo.*

Satis inter Dd. constat, proprie hæresin & hæreticum dici, vbi requisita, de quibus per *Cardin. Flor. supr. num. 243.* concurrunt. Verum de hoc requisito 3. contenditur. Requiritur, vt error pugnet cum fundamento aut regula fidei, vel quod idem est, cum fide catholica. Quidam admittunt, necessarium esse, vt contra fidem catholicam erretur: sed scripturis Canonicis & fidei catholicæ, Ecclesiæ Catholicæ seu Romanæ traditiones, definitioni fidei catholicæ addunt. Alii dissentiunt. Qua de re videndi sunt *Chirland. qu. 2. num. 1. & 2. q. 4. num. 7. q. 5. Gundiss. q. 1. num. 1. 2. 3. 4. Carrer. num. 6. 7. 8. 60. Arnald. Albertin. q. 2. num. 7. 8. Simanc. tit. 31. num. 9. Brun. lib. 1. cap. 2. num. 3. 4. 5.*

Primo enim Catholicæ fidei definitionem, ex puro puro DEI verbo, & inde depromptis symbolis, Apostolico videlicet, Athanasiano, Constantinopolitano, Niceno, Ephesino, Chalcedonensi petendam iudicant.

Secundo catholicæ fidei mentione, non modo fidei articulos, & Sacramentorum à Christo institutorum, Baptismi videlicet & sacræ cœnæ doctrinam, sed & totius scripturæ Canonicæ sacrosanctam authoritatem complectuntur. Ergo qui vel pro leui argumento à tramite catholicæ religionis, pertinaciter deuiarit, hoc est, Canonis authoritatem in minimo puncto, labefactare studuerit, hæreticus erit. *d. l. 2. C. de haret. & Manich.* Puro ergo DEI verbo nituntur: quum Ecclesia, de assertione non hæretica, hæreticam facere nequeat. Vt verissime scripsit *Albertin. infr. num. 246. in addit. lit. E. relatus.*

Nam scriptura sancta clare testatur, quosdam electorum fundamento fœnum & stipulas superædificare: *1. Corinth. 3. versic. 12. 13. 14. 15.* Et *ad Philip. 3. vers. 15. 16.* Apostolus errantibus, qui non omnia statim capere possunt, dat proficiendi spacium: atque hoc tantum cauet, ne sibi in errore illo blandiantur. Quorũ numero ecclesiæ scriptores, & seipsum esse Augustinus *in can. noli. el 1. & 2. distinct. 9.* pie & recte professus est. Nimirum & patres de quibusdam inter se & disputarunt atque dissenserunt, nulla tamen hæresis suspicione: & omnium fere certa quædam errata fuere, *gl. c. vt veterum. distin. 9.* in quam sententiam supra *num. 76.* multos doctissimos viros, cum catholicæ tum reformatæ religionis attuli, qui hoc argumentum ex professo & luculente pertractarunt, ad quorum commentaria Candidum lectorem, qui de hisce plenius instrui velit, remissum volo.

Vnde conficitur, secundum Ecclesiarum protestantium sententiam, hæreticum haudquaquam eum esse, qui non omnibus Ecclesiæ Romanæ placitis *n* acquiescit, vt *in can. nulli. distin. 19. & in can. de libellis. distin. 20.* definitur, *o Author. bruti fulminis loco relato.*

n Si quis errorem, qui cum fundamẽto vere nõ pugnat, pertinaciter disseminet & defendat, ille hæreticus erit: Quia concurrunt error & pertinacia. Sed proprie non dicetur hæreticus, verum generice. Hæresis enim proprie errorem in fundamento cum pertinacia requirit.

o Ipsimet tamen Catholici vltro agnoscunt, hæresin in genere & in specie accipi: item,

item, proprie & improprie: *Chirland. qu. 1. num. 2. q. 2. num. 1. Zanchin. de haeret. cap. 2. Albertin. qu. 1. num. 3. Simanc. tit. 30. num. 2.* & præcitatam theoricam de hæresi improprie sic dicta accipiunt, *Chirland. d. qu. 2. nu. 6. Gundissal. q. 1. nu. 3. 4.* Quum enim hic dixisset, hæresin proprie circa articulos fidei & sacramenta admitti, tandem addit, extra prædictos casus large dici hæresin & improprie, vt quod Simoniacus sit hęreticus, quod excommunicatus, & priuilegium Romanæ Ecclesiæ infringens, aut eius præcepta transgrediens, item, contumax & quilibet infidelis. Ergo secundum illos quoque proprie hæresis est, in qua præcitata substantialia concurrunt, vt annotatum est supra *num. 243.* Hinc *Tiber. Decian. in prax. crimin. libr. 5. tit. 17. per tot.* 151. exempla hæreseos, confuso ordine, refert, de quibus iuxta prædicta distinguendum. Recte enim ille idem *cap. 18. ibidem. versic. vigesimo septimo.* scribit, leges de hæresi loquentes, de propria hæresi esse intelligendas.

Porro si omissio cæremoniarum Moysis, quæ diuinitus traditæ erant, non attulerunt necessitatem omnibus: quanto minus nunc Ecclesia est alligata ad traditiones humanas. *Postill Melanchthon. de die Epiphan fol. 451.*

Sunt plures aliæ definitiones Hæreticorum, de quibus consulendæ sunt authoritates præcitatæ.

Fundamentum autem & regula fidei, Canonicæ scripturæ sacrosancta authoritas, & in hac potissimũ doctrina de essentia & voluntate DEI, & de persona atque officio Mediatoris est, *Ioan. 17. vers. 3. 1. Corinth. 3. vers. 11. Irenæus lib. 1. contra Valentinianos. cap. 3. Tertull. loco præcit. Beatus Athanasius in symbolo. d. l. 1. C. de summ. Trinit. & fid. cathol.*

Multæ sunt partitiones librorum veteris & noui Testamenti, de quibus videatur Sixtus Senensis in Bibliotheca sancta. At obseruandum vltra ea, quæ ille dicit, Theologos diuidere omnia, quæ in scripturis sanctis extant, in Theologiam & œconomiam. 246
Hæc diuisio sæpissime apud Nazianzenum, & in Dialogis Theodoreti occurrit. Ego animaduerti, eandem apud Tertullianum extare *in libr. de præscript. aduersus hæret.* Eius verba hæc sunt: Philosophia est materia sapientiæ secularis, temeraria interpres diuinæ naturæ & dispositionis. Theologia subdiuiditur in doctrinam de essentia & voluntate DEI. Oeconomia subdiuiditur in doctrinam de persona & officio Messiæ. Vnde conficitur, Quatuor summa doctrinæ Christianæ esse capita, puta, doctrinam de DEO, de voluntate DEI, quorsum & doctrina sacramentorum pertinet, de persona, & de officio Mediatoris.

Et huc synodi Nicænæ, Constantinopolitanæ, Ephesinæ, & Chalcedonensis: huc Beati Athanasii, & aliæ a catholica & orthodoxa Ecclesia approbatæ *p* fidei expositiones pertinent.

p Ab hac sententia non longe recedit Alexandri & Decii sententia, quod hæresis proprie admittatur circa articulos fidei & sacramenta.

Atque hinc concluditur, eos vere hæreticos esse, qui authoritatem scripturarum canonicarum indirecto *q* conuellunt & labefactant: puta, qui dogma aliquod, manifeste & reuera *r* à scripturis discrepans, con-

q Qui totam authoritatem scripturarum directo conuellere student, illi non hæretici, sed pagani sunt.

r Duo sunt genera repugnantium: Vnum verum & vere discrepans à re ipsa: Alterum opinione repugnans, quod exaggerari & amplificari quidem potest, probari autem & demonstrari syllogismo demonstratiuo non potest. *Ioannes Sturmius in Antipappo 1. fol. 40. §. hac hactenus. & in Antipappo 2. fol. 103. §. confiteor. fol. 197. §. nam si non cos. fol. 204. §. ex hoc enim ordine. Et in Antipappo 3. fol. 238. §. his enim duabus.* Requiritur ergo, vt error, de quo agitur, APERTE cum fide Catholica pugnet. Nam si incertum est, an fidei aduersetur, aut si repugnantia obscura est, & in opinione posita: hæreticus esse error iudicari non debet. *Ioannes Capetius in libr. de hæresi. cap. 27.* Hinc *Angelus Perusinus in l. inter stipulantem. §. si Stichum. num. 10. infr. de verbor. obligat.* ex authoritate Innocentii, Quando (inquit) inter sanctos patres, de aliquo est plena concordia: teneri illud debet, vsque ad vnum iota, (intellige patres retinentes catholicam & orthodoxam puritatem, cum diuinis scripturis congruentem,) si autem discordia: tenendum est, quod tenet sancta mater Ecclesia, (id est, retinens orthodoxam fidem,) vbi vero sancta mater Ecclesia non decidit: Cuicunq; partium quis adhæreat, subaudi bona fide, non est hæreticus. Hæc ille. *Tiber. Decian. in praxi crimin. libr. 5. §. 18. vers. primo ergo & vers. nono. & vers. decimo.* Ergo ad hæresin satis non est, si quis opinetur, aut etiam aperte fateatur, se hæreticum dogma tenuisse: modo id reuera hæreticum non sit. Ad hæresin enim necessarium est, vt veritas subsit. *Simanc. de catholic. institut. tit. 13. num. 2. & sequentib. Aym. Crauet. consil. 262. num. 5.* Et nisi veritas subsit, neque Papa, neque tota Ecclesia de assertione non hæretica, hæreticam facere possunt: quemadmodum neque de assertione non catholica, catholicam facere possunt. Quia sicut veritates catholicæ absque omni approbatione Ecclesiæ, ex natura

rei

tra scripturæ authoritatem defendunt. *c hæresis.24. quæst.3. Iul. Clar.d.§.hæresis. numer.1. eleganter Arnald. Albertin. de agnoscend. assert. hæret. quæst.2. nu.9.* vbi docet quæ ad disciplinam fidei directe, quæ indirecte pertineant. *Idem quæst.1.num.5.6.q.3.num.9. Chirland. quæst.2.num.3. Gundissal. q.9.num.2. Carrer. num.9. qui declarat num.11. vsque ad num.17. Ioan Roy.part.1.nu.7. Brun. lib.1.cap.2.num.23.cum seqq. Tiber. Decian.in praxi crim. cap.17.versic.decimo hæretici.cap.18. vers.trigesimosexto. Bellon.cons.32 num.2.cons.78.num.6.7.8. Rolan.à Vall.cons.88.num.9.lib.1.* puta, sacramentum recte accipi sub vna specie. *Hieronym. Schurff.cons.52.nu.15.16.17.18 19.cent.1.* Quæ decisio verissima illa quidem est: sed propter pacem religionis, qua Protestantium & Pontificia religio inter Status Imperii suo modo comprobata est, hodie iuris executionem non habet. *s*

rei sunt immutabiles & immutabiliter veræ: ita immutabiliter catholicæ sunt reputandæ. Hæc sunt verba pulchra *Arnald. Albert. de agnoscend. assert. hæret.q.1 num.11.qu.4.num.5.&6.* Quibus tamẽ ille, mox videlic. sui oblitus, plane cõtraria docet *d.q.4.num.7 q.5. nu.7.cum seqq. Tib. Decian. in praxi crim. libr 5. cap. 26. num.5.*

Quum ergo Papa & Ecclesia, ex dogmate hæretico, dogma catholicum facere non possint, & econtra: manifeste constat, falsam & euidenter absurdam esse illam sententiam, quam etiam *Tiber. Decian. in praxi crim. lib.5.cap 18 vers.vigesimo tertio* habet. Quamdiu quis non contrauenit fidei Ecclesiæ Romanæ, nunquam esse hæreticum, quamuis alia quælibet Ecclesia teneat oppositum.

s Pontificii ad ius nostrum, quod attinet, hæretici non sunt: tum propter pacem religionis: tum quod communiter probatum receptumq, errorem sequantur. *Lambert. Danæus Isagoges Christianæ parte 3. libr 1. cap.10. vers differunt autem Papistæ & Hæretici.* Hoc nimirum sentit, errare illos de Ecclesia: eoque proprie hæreticos non esse. *vide requisit. 2. maxime illat. 2. & 4 §. verum hæc sententia distinctionem requirit.*

Deinde hinc deducitur, Sabellianos, Arrianos, Macedonianos, Nestorianos, Eutychianos, & in vniuersum omnes, qui doctrinam vsitatam Ecclesiæ catholicæ & orthodoxæ de DEO & Voluntate DEI, & de persona atque officio Mediatoris pertinaciter impugnant, & conuellere student, hæreticos esse. Quæ sententia synodorum omnium œcumenicarum & legum nostrarum definitionibus constat & indubia est.

IV. Requiritur præcedens legitima monitio & conuictio. *t* Ita Apostolus Tito *(cap.3. versic.10.)* præcipit, vt hæreticum hominem (non statim, sed) post vnam & alteram admonitionem reiiciat. *Astexan. loco relato, Clar. d.§. hæresis. num.12. Gundissal. de hæret. q.8.num.2. Tiber. Decian. notanter cons.5. num.6.lib 2. Author bruti fulminis loco præcitato. Ioann Capet. de hæres.cap.27. Ioann. Stur[illegible]us in Antipappo 2. fol.103. vers. confiteor enim. & fol.197. versic. sed duo ego hic requiro. & fol.203. §. sed antequam ad condemnandum. cum fol.204. 205. 206. 207.* vbi ad hanc conuictionem & diiudicationem multa necessaria esse docet.

t Ad hunc locum videatur *Irenæus lib. 3.cap 3. Tertullian. in libr. de præscript. aduersus hæreticos. circa princip.* Hæreticos, inquit ille, fugere debemus, i. e. post vnam & alterã admonitionem: etiamsi insignes sint homines: 1 Quia ex fide personam, non autem fidem ex persona probare debemus. 2. Quia aliqui discipulorum etiam offendiculum passi, dominum deseruerunt, vt Iudas.

247 V. Requiritur pertinacia *u* & secessio: vt scilicet hæreticus doceri se non patiatur, sed contumaciter errorem tueatur, & seditiose dissemmet, cum Ecclesia bellum gerens. Ita dicitur *x 1.Ioan.3. vers.19.* E nobis

T egressi

u Pertinax secundum nonnullos, non modo ille dicitur, qui suum errorem pertinaciter tuetur: *Zanchin de hæretic. cap 16 num 1. Tiber. Decian in prax. crimin. libr.5. cap.55.* sed & qui aut conuictus est, & factum dictumve hæreticum negat: aut confessus factum hæreticum, credulitatem prauamque intentionem negat. Aliud in confitente dictum hæreticum statuunt, si is prauam credulitatem neget. *Ioann. Roy. de hæreticis. part.1. quasi per tot. maxime num.59.&c. & part 2. assert.16.17.20. num.204. cum seqq.* Vnde autem pertinacia dicatur, tradit *Zanchin.cap.16.num.1. Tiber. Decian. d. cap 55 num 1.*

x Huc etiam accommodatur locus Exodi 12. Nullus vestrum egrediatur ostium domus suæ vsque mane. In hunc enim locum sic scribit Rupertus: Vigilantissime obseruandum est, vt vsque mane, id est, vsque ad finem huius nostræ nocturnæ vitæ, intra catholicæ Ecclesiæ claustra maneamus, neque per hæreses vel schismata tumultuando foras erupisse quis inueniatur. Nam quisquis foras fuerit inuentus, reputabitur Ægyptius, & cum Ægyptiis pariter pertranseuntis domini flagello percutietur. Sed Diuus Hieronymus *c.hæresis.24.quæst.3.* dicit, hæreticum appellari posse, etiamsi ab Ecclesia non recesserit. Respondeo, iuxta Doctores hæreticum multis modis dici. Non nego, large & καταχρηστικῶς talem appellari posse hæreticum, proprie aut perfecte hæreticus non est, nisi substantialia concurrant.

egressi sunt. Ergo qui in Ecclesia CHRISTI prauum quid sapiunt, si correcti, vt sanum rectumq; sapiant, resistunt contumaciter: suaq; pestifera & mortifera dogmata emendare nolunt, sed defensare pergunt, hæretici sunt: maxime si id vanæ gloriæ principatusq; sui gratia faciant, quod Arrio, Nestorio, & plerisq; hæresiarchis accidit. At qui sententiam suam quamuis falsam atque peruersam nulla pertinaci animositate defendunt, præsertim quam non audacia suæ præsumptionis pepererint, quærunt autem cauta sollicitudine veritatem, corrigi parati, cum inuenerint, nequaquam sunt inter hæreticos deputandi. Ita Diuus Augustinus aiebat: se quidem errare posse, hæreticum autem esse nolle: paratus enim erat corrigi, ostenso sibi errore. *Epist. 162. contra Donatist. & in lib. 1. de Trinitat....* Hinc hæresis dicitur ab electione, *y* quod scilicet hæreticus cum sibi pertinaciter elegerit errorem, quem abiicere nolit. *Chirland. q. 1. num. 3. Gundissal. qu. 2. num. 1. Carrer. num. 5. Albertin. quæst. 2. num. 9. Simanc. tit. 30. num. 1. Zanchin. cap. 1. Brun. lib. 1. cap. 1. num. 7. cap. 2. num. 1. 2.* Nam sicut fides perficitur assensu intellectus & consensu voluntatis: ita hæresis perficitur dissensu & errore intellectus cum consensu voluntatis. Et potissima quidem actuum humanorum regula est voluntas, qua maleficia distinguuntur: ita vt si ea absit, delictum minime fieri dicatur. *Simanc. tit. 17. num. 11. cum seqq. vbi ad plura infert Ioann. Roy. part. 1. num. 93. & 127.* Atque hoc est, quod omnes interpretes tradunt, ad hæresin requiri errorem in intellectu, & pertinaciam in voluntate. *z can. hæresis. c. hæretic. c. dixit Apostolus. c. qui in Ecclesia. & c. qui aliorum. 24. qu. 3. Gemin. ad rubr. & in c. quicunq;. num. 4. de hæret. in 6. Felin. ad rubr. ext. eod. tit. in antiq. Astexan. loco relato. Clar. d. § hæresis. numer. 2. dicens in hoc omnes concordare. & nu. 8. 9. Iacob. Menoch. de arbitr. iud. lib. 2. cent. 4. casu 372. num. 9. & casu 373. num. 3. Petr. Greg. d. lib. 33. cap. 4. num. 5. & 16. Innocent. Gentill. in examine concilii Tridentini. lib. 4. circa sessionem 25. num. 12. Carrer. de hæretic. num. 1. Albertin. quæst. 2. num. 9. quæst. 3. q. 29. q. 30. Simanc. tit. 31. nu. 12. tit. 48. Ioann. Roy. part. 2. num. 355. & part. 1. num. 47. Zanchin. cap. 2. Brun. lib. 1. cap. 1. num. 16. cap. 2. num. 8. Tiber. Decian. in prax. crim. lib. 5. cap. 18. vers. quinto. cum seq. Author bruti fulminis loco præcitato. Zas. cons. 14. per tot. [...]om. 1. consil. var. German. vbi de Anabaptistis respondit. Roland. à Vall. cons. 63. per tot. lib. 3. Nicol. Bellon. cons. 78. num. 2. Iacob. Philip. Porc. cons. 110. num. 6. 7. 12. & ibi Marc. Mant. cons. 311. num. 1. Tiber. Decian. cons. 5. nu. 1. 2. lib. 2. Iacob. Menoch. cons. 82. num. 105. cum seqq. & num. 171. lib. 1.*

y De materia, forma, efficiente, & fine hæreseos breuiter quidem, sed perspicue disserit *Petr. Martyr. in libr. Iud. cap. 2. ad fin.*

z Experientia omnium ætatum docet, INSCITIAM & PERTINACIAM gignere hæreticum. *Laurent. Ludouic. de Synodo Ephesina.* Pertinacia autem, quæ hæreticum facit, semper & solum in eo inuenitur, qui dogma aliquod tenere pergit, cui cognoscit catholicã Ecclesiam aduersari. *Ioan. Capet. in lib. de hæresi cap. 5.* Quod nos cæteris paribus, de catholica atque orthodoxa IESV CHRISTI Ecclesia libenter admittimus. Sed quæritur, an ille pertinax censendus sit, qui conuictus abiurare paratus est, fateri autem non vult, se ita sensisse aut docuisse, vt testes deposuerunt. Receptior videtur esse, quod sic, de qua in addit. præcedent. lit. g. Ita Ioannes Hussus exustus fuit. Hanc tamen sententiam reprobat *Iul. Clar. hic citatus. num.* 10. Et quanquam *Ioann. Roy de hæret. num. 69. vsque 93.* Iulium Clarum acriter reprehenderit, & priorem sententiam approbarit: tamen ipsemet ibi *num. 84. & sequentib.* diserte fatetur, eam non aliter, nisi quinque requisitis interuenientibus, defendi posse. Vide eundem ibi *num. 590. & part. 2. assert. 20. num. 213. & assert. 30. num. 278.*

Etsi autem hæresis *a* sola animi praua opinione, & pertinaci atq; confirmata voluntate perfecta dicatur, eoq; punibilis sit: latissime *Ioann. Roy. de hæretic. num. 232. vsque 276. Tiber. Decian. in prax. crimin. lib. 5. cap. 20. 41.* Hæc tamen cogitatio à ciuili magistratu non punitur, nisi ei verbo vel facto hæretico innotuerit. *Crauet. cons. 262. num. 5. Iacob. Menoch. de arbitr. iud. lib. 2. cent. 4. casu 360. num. 6. 7.*

a Hæresis multis modis dicitur. Nos de propria hæresi, ad magistratum ciuilem pertinente, quærimus. Hæresis principaliter in corde consistit: secundario in ore. *Gundissal. de hæretic. quæst. 1. num. 6.* & requirit principium atque complementum patens & expressum, vt puniatur. *Carrer. de hæret. num. 3.*

Imo

Imo ne Ecclesia quidem de occultis iudicat: neq; occulti hæretici excõmunicati sunt: vt aduersus Theologorum sententiam concludit *Ioann. Roy. ibidem num. 246.* contra quem vera, communis & in praxi recepta sententia stat: vt affirmat *in addit. ibi, Fr. Pegna.*

248 VI. Requiritur sententia declaratoria. Hæretici enim, etsi ante Ecclesiæ determinationem hæretici sint de facto: tamen ab actu ciuili, confectionis scilicet testamenti, aut alio, non repelluntur, nisi prius declarentur esse hæretici, *Mynsing. obseruat. 43. cent. 2. Iacob. Menoch. de arbitr. iud. lib. 2. cent. 4. casu 416. num. 64. Idem Menoch. cons. 99. nu. 169. lib. 1. Hotom. cons. 57. nu. 24. Ioann. Capet. in lib. de heresi. cap. 28. Arnol. Albertin. de agnosc. assert. haeret. q. 1. num. 13. Conrad. Brun. de haret. lib. 4. cap. 10. & 12.*

Vbi regula teneatur, quod nemo sit hæreticus, nisi quem Petri authoritas, *Tiber. Decian. d. cap. 18. versic. trigesimoquinto.* id est, orthodoxa Ecclesia CHRISTI, damnauerit, *c. manet. cum c. seq. 24. q. 1.*

Idem autem iuris est de fautoribus hæreticorum, *d. c. excommunicamus. §. credentes. & d. Auth. credentes. Bellon. cons. 78. num. 10. 11. 12. 13.* & iis, qui se ab hæreticis rursus baptizari patiuntur, *l. fin. C. ne sanct. baptis. iter. Rolandin. d. rubr. 2. nu. 39. & Zas. dict. cons. 14. Chirland. de haret. q. 9. Io. Nic. Arelat. notab. 31. Gundissal. q. 16. nu. 1. Carrer. n. 20. 46. 48. Simanc. de cathol. institut. tit. 15. Zanchin. c. 3. 4. 5. 6. 7. num. 1. cap. 16. nu. 1. cap. 17. Brun. cap. 4. Tiber. Decian. in prax. crim. lib. 5. cap. 17. ad princip. vers. secundo haereticus. & cap. 51.*

Ex quibus de hæretici, proprie ita dicti, vera definitione, simplicem veritatem quærentibus, constare poterit.

Quia tam vestra, quam mea interest, vt præiudicialis hæc & grauissima materia recte accipiatur: ideo operæ me pretium facturum arbitror, si ea, quæ dixi, breuissime repetiero.

Primum requisitum hæreseos est, vt hæreticus sit CHRISTVM professus.

1. Prima probatio sumitur à perspicuo verbo Dei *1. Ioann. 2. vers. 19.* E nobis egressi sunt, *Act. 20. vers. 30.* Ex vobis ipsis exorientur, qui loquentur peruersa.

2. A ratione irrefragabili. Omnes hæretici iactant scripturas. Qui autem commune disputandi principium nobiscum non sumit, ille non est hæreticus, sed paganus. Ergo omnes hæretici, qui à condito orbe fuerunt, sunt, & erunt, ex Ecclesia orti sunt, oriuntur, & orientur.

3. Id probat experientia vniuersalis. Iudas proditor fuit in Ecclesia CHRISTI: Simon Magus in Ecclesia Petri: Sabellius, Arius, Nestorius, Manichæus, & omnes similes pestes in Ecclesia fuerunt, & egressi sunt ex Ecclesia.

II. Ad hæresin requiritur error in intellectu.

Hæc propositio nititur *l. 2. C. de summ. Trinit. & fid. cathol.* & vniuersali interpretum nostrorum consensu.

Infer 1. hæreticum purum differre à blasphemo.

Infer 2. ad quæstionem: an purus & simplex hæreticus, qui non est blasphemus, qui non est seditiosus, pœna vltimi supplicii sit feriendus? Ad quam disputationem tantum digitum nunc intendo, vt vsum principiorum iuris demonstrem. Nam tantum est huius quæstionis pondus, vt ipsa per se integrum tractatum requirat. Scio quid iura nostra de Anabaptistis, quid de iis statuant, qui publicas de religione instituunt contentiones.

III. Ad hæresin proprie sic dictam non sufficit omnis error: sed requiritur error in regula fidei, seu in fundamento.

Probatur hæc sententia per *l. 1. C. de summ. Trinit. & fid. cathol. per l. 2. C. haeret. & Manich.* dextre intellectam, per *gloss. l. quicunque. verb. Eutychetis. C. eod. tit.* item authoritate Tertulliani, & interpretum quoque nostrorum, qui dicunt, proprie hæresin dici in duobus casibus, vt annotatum est.

Si omnis error hæreticum faceret, tum totam pene orthodoxam antiquitatem, & electos adeo ipsos crimini hæreseos inuolueremus: quum omnes prope suos næuos habuerint.

Consequens est absurdum & falsum.

Ergo & antecedens.

Cui porro consectarium est, vt error in regula fidei hic requiratur. Talis enim error & hæreticum proprie facit, cæteris paribus, & damnat, quemadmodum Beatus Athanasius pronunciat. Quum enim regulam fidei exponere vellet, sic primum præfatur: Quicunq; vult saluus esse, ante omnia opus est, vt teneat catholicam fidem. Quam nisi quisque integram inuiolatamq; seruauerit, absque dubio in æternum peribit, &c. Et tandem regulam hanc fidei sic concludit: Hæc est fides catholica, quam nisi quisq; fideliter firmiterque crediderit, saluus esse non poterit.

Porro quando patres quoque sua quædam errata habuisse audimus, duo discenda nobis sunt.

1. Ecclesiam esse alligatam ad solum verbum DEI, id est, ad scripta Prophetica atque Apostolica. Soli enim Prophetæ, soli Apostoli in doctrina non errarunt. Ad legem (inquit Esaias) & ad testimonium. Et hoc probat *can. noli. el 1. & 2. distinct. 9.*

Coniungimus autem verbo DEI, sine omni exceptione, symbola ab orthodoxa & vniuersali Ecclesia recepta: patrum autem scripta, cum exceptione, si cum verbo DEI & symbolis congruant.

2. Discamus hinc humilitatem. Nam & nos homines sumus: si illi errare potuerunt, idem nobis vsuuenire potest. Et si omnino dissentire nos ab illis oportet, faciamus illud, salua reuerentia.

Porro fundamentum & regula est:

1. Canonicarum scripturarum sacrosancta authoritas.

2. In scripturis sanctis doctrina de essentia & voluntate DEI, & de persona atq; officio Mediatoris.

Ad hoc probandum adduxi loca maxime illustria, *Ioann. 17. versic. 3. 1. Corinth. 3. versic. 11.*

Adduxi authoritates Irenæi & Tertulliani, cum quibus omnia symbola catholicæ & orthodoxæ Ecclesiæ, & maxime symbolum Apostolorum atq; Athanasianum coniungo.

Deniq; huc pertinet vetus partitio, qua ea, quæ in scripturis sanctis extant, diuidimus in Theologiam & œconomiam: Quæ est doctrina de essentia & voluntate DEI, & de persona atque officio Mediatoris.

Hinc sequitur 1. omnes eos, qui authoritatem Scripturæ sanctæ per indirectum conuellunt, id est, qui dogma aliquod, non opinione, sed reuera pugnans cum verbo DEI, defendunt, cæteris paribus, vere hæreticos esse.

Exemplum 1. Dd. adferunt de iis, qui audent dicere, fornicationem & adulteria non esse peccata. Quum enim talia dogmata aperte pugnent cum verbo DEI, & proinde eiusmodi propugnatores talia defendendo, indirecte conuellant fundamentum, id est, authoritatem sanctarum scripturarum, sequitur tales hæreticos esse. Ita *Iul. Clar. Bellon. Roland. à Vall. & Schurff. locis præcitatis* docuerunt.

Exemplum 2. adferunt, de eo, qui de inuictissimi Cæsaris nostri vniuersali iurisdictione contendat pertinaciter. Aiunt enim eum, qui ausit dicere, Imperatorem non esse Dominum totius orbis, contra apertam authoritatem sanctæ scripturæ, hæreticum esse: Quum in historia Euangelica Beati Lucæ *cap. 2.* clare scriptum sit: exiisse decretum à Cæsare Augusto, vt censeretur totus orbis.

Sed hoc exemplum bonum non est, *Tiber. Decian. in prax. crimin. lib. 5. cap. 17. & 18. versic. vigesimo.*

Est quidem Dominatus Romanorum Monarchia quarta & regnum regnorum: *b* quod nulla de caussa in dubium Bodinus vocat. At omnes prouincias totius terrarum orbis non est complexa.

Nam Imperii Romani limites, quum in summo constitit fastigio, fuere ad occidentem Oceanus, à septentrione Rhenus & Danubius: ab oriente Tigris, à meridie Atlas mons.

Omnia regna terræ certis concluduntur finibus: solius Filii DEI regnum nullis circumseptum limitibus sese extendit à mari ad mare: à solis ortu vsq; ad occasum laudabile nomen Domini.

b Quare reges Christianorum iure Cæsaris nostri authoritatem agnoscere tenentur: *Michael Vlcur de regimine mundi. 2. par. q. 2. 3. 4. Fr. Zoannet. de Rom. Imperio.* Et quanquã de facto eius Maiestati subiecti videri nolint: Quum tamen asserto Constantini donatario pareant: reipsa maioritatem eius Maiestatis agnoscunt. Author libri de postremis motibus Galliæ *fol.* 378. de quo alio loco D. V. disputabitur.

Hinc

Hinc ſequitur 2. Quum Eccleſia noſtra ſit cuſtos ſcriptorum Propheticorum & Apoſtolicorum, & retineat doctrinam de eſſentia & voluntate DEI, & de perſona atque officio Mediatoris incorrupte: & in ea CHRITVS cum omnibus beneficiis obſignetur fidelibus per ſacramenta, iuxta ſcripturam: quod proinde veri catholici recte faciant, dum iuxta authoris apologiæ catholicæ, præcitatam ſententiam, *num.243.* reformatas Eccleſias, pro hæreticis non habent.

IV. Requiſitum, quod hæreticus ſemel & iterum monendus atque conuincendus ſit, nullum habet ſcrupulum.

V. Requiritur pertinacia & ſeceſſio. De pertinacia omnes Dd. conſentiunt atque Canones. De ſeceſſione aperta eſt Apoſtoli ſententia: E nobis egreſſi ſunt, &c. Alludit Apoſtolus ad locum Exodi 12. Nullus veſtrum egrediatur oſtium domus ſuæ vſque mane. Quem locum patres de ſeceſſione hæretica exponunt.

Ex hoc autem requiſito, quod pertinacia ad hæreſim neceſſaria ſit, infertur 1. captos, qui metu mortis fidem abnegant, grauiter quidem peccare, hæreticos autem dici non poſſe, *Ioann.Roy.d.part.1.n.108. Brun.lib.1.cap.4.num.10.* Vbi de iis diſſerit, qui ob hæreticorum potentiam mutire non audent, etſi alias orthodoxi Chriſtiani ſunt, *Tiber.Decian.in prax.crim.lib.5.cap.18.verſic. Decimotertio.verſ.vigeſimooctauo.*

II. Hinc infertur, ad Eccleſiam reuerſos, aut pœnitentes, hæreticos proprie non eſſe, *Chirland. quæſt. 5. per tot. quæſt.6.7. Simanc. tit.47. Simanc. tit.1. tit.3. tit.23. Ioann. Roy. d.part.1.num.118.Ioan.Nicol Arelat.notab.44.46.Gundiſſal quæſt.20.num.1. Zanchin.cap.16. num.4. & ſequentib. cap.20. & 34. Tiber. Decian. in prax. crimin. lib.5. cap.54.* Neque tamen pertinacia præſumitur: *Arelatan. notab. 20.* ſed probanda eſt, *Tiber.Decian.in prax.crimin. lib.5.§.18.verſic. Decimoſeptimo.* Et ſemper in dubio capienda interpretatio eſt, quæ hæreſin non ſapiat, *Tiber.Decian.d.cap.18.verſ.Quadrageſimo ſecundo.*

Verum huic ſententiæ, quod ſeceſſio requiratur, obſtat *can.hæreſis. 24. quæſt.3.* vbi textus dixit: hæreticum appellari poſſe, etſi ab Eccleſia non receſſerit.

Plane & ſimpliciter reſpondeo: id negandum non eſſe. Dicitur enim multis modis hæreſis. Nos quærimus de illo, qui proprie hæreticus ſit: qui ſcilicet vt hæreticus à magiſtratu damnari poſſit, ibi ſubſtantialia concurrere oportet.

Reliqui facinoroſi per ſententiam iudicum ab Eccleſia eiiciuntur: ſoli hæretici, in ſemetipſos ferunt ſententiam, ſuo arbitrio de Eccleſia recedentes: quæ receſſio propriæ conſcientiæ damnatio eſſe videtur. *Simanc.tit.30. num.11. tit.31.num.45. Brun. lib.1. cap.1. num.7.8.* Recte autem ſcribit *Ioan.Capet.de hæreſi cap.1.* Nec hæreticorum ingenium idem, nec omnes errores in fide æqua lance penſandos. Vt enim multa alia omittamus, vnionem Eccleſiæ abrumpentes, ab illis, qui Eccleſiæ ex verbo DEI recte iudicanti, ſeſe totos ſubmittere, & fraternam concordiam alere cupiunt, omnino diſtinguendi ſunt. Eos enim, de quibus bene adhuc ſperatur, admoneri ſæpe decet, vt vitam in melius mutent: *(2.Theſſal.3. verſ.14.15.)* Qui autem vere & aperte fundamentum doctrinæ Chriſtianæ oppugnant, & ſibi addicti, ſeceſſionem faciunt à corpore, fugiendi ſunt vt Satanæ membra. Et hoc Diuus Paulus voluit, dum ad Titum ſcriberet: ſectarum authorem hominem poſt vnam & alteram admonitionem fugiendum. Hi egrediuntur de Eccleſia. At Beatus Cyprianus & alii ſancti patres etſi errauerint: & quidam illorum in erroribus permanſerint: Eccleſiæ tamen vnionem non abruperunt, neque ex ea egreſſi ſunt. Beatiſſimus Auguſtinus *in libr. de vnico baptiſmo contra Petilianum, cap.14.15.*

VI. Etiam requiſitum, nullum ſcrupulum habet.

Hinc autem notandum, Pontificios ad hanc noſtram teſtamentariam & alias iuris noſtri materias quod attinet, politice loquendo, hæreticos dici non poſſe: quum neque condemnati ſint: neque conſtitutione de pace religionis ſalua, à politico magiſtratu condemnari poſſint. Non autem loquor de miniſterio Spiritus ſancti.

Denique quum interpretibus noſtris, in lubricis præſertim & grauibus cauſis ſolenne ſit, ad aliorum iudicia prouocare: ego quoque omnem hanc tractationem Eccleſiis reformatis reuerenter ſubiectam volo. Qua proteſtatione perſæpe Bartolus noſter vſus eſt. *Cagnol.in l.fin.num.106. C.pact.*

249 **XIII. Infertur, quod vſurarius manifeſtus iure Pontificio teſtari nequeat, niſi prius præſtita ſit cautio pignoratitia vel fideiuſſoria de reſtituen-**

tuendis vsuris: vel illæ ipso facto restitutæ sint. *c. 2. de vsur. in 6.* Pro cuius textus sensu videndi vltra *DD. ibi Panormitan. ad d. rubr. versic. octauo.* latissime *Philipp. Franc. dict. rubr. vers. decimoseptimo prohibetur testari.* vbi per octo quæstiones hanc materiam ample tractat, & quinque modis limitat. *Roland. de testamen. d. rubr. 2. num. 37. Dec. in c. Canonum statuta. in repet. num. 8. de constit. Ioan. Bolognet. l. 1. num. 60. C. de edendo. Ioan. Dilect. de art. test. tit. 1. caut. 7. Clar. §. testamentum. qu. 26. Didac. Couarru. ad rubr. de testament. part. 3. num. 11. Idem libr. 3. var. resolut. cap. 3. num. 4. 9. Gabr. Roman. libr. 4. recept. conclus. tit. de testam. conclus. 3. Iacob. Menoch. de arbitr. iudic. libr. 2. cent. 4. casu 335. Vasqu. de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 178. Ioan. Bapt. Lup. de vsuris §. 1. per tot. Laurent. de Rodulph. de vsur. qu. 120. num. 2. 3. Petr. Gregor. in syntagm. iuris. part. 3. lib. 42. cap. 8. num. 15. Paul. de Castr. cons. 160. num. 2. lib. 1. Dec. cons. 196. num. 6. Ioann. Cephal. cons. 402. num. 1.*

XIV. Infertur ad contrahentes incestas nuptias. *l. si quis incesti. 6. cum Auth. incestas. C. incest. nupt.* Ad quæ iura videndi *Roland. de testament. d. rub. 2. num. 39. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 2. dub. 1. solut. 4. num. 92. Dec. c. causam quæ. num. 6. de rescript. Dec. c. in nomine. num. 3. de testib. Petr. Aduenn. reg. 150. contrahentes. Cont. lib. 2. lection. cap. 1. num. 11. Alphan. in reportat. num. 309. Ioan. Cephal. cons. 224. num. 6. Modestin. Pistor. cons. 35. nu. 23. libr. 2.* Idemque multo magis est in luxuriante contra naturam. *Sim. de Prat. loco præcitato. num. 97.* 250

XV. Infertur ad eos, qui ad perpetuos carceres *e* damnati sunt: Quia licet hodie non efficerentur serui pœnæ: quum post sententiam viuere debeant: *Auth. sed hodie. C. donat. int. vir. & vxor.* Tamen ex quo perdunt bona, testari prohibentur, vt dicitur in deportato. Ita *post Innocent. docet Bart. in l. 2. num. 9. infra de public. iudic. Idem in l. 2. nu. 3. infr. his quæ pro non script. hab. Panormit. ad d. rubr. versic. dubitatur etiam.* dicens in laico hanc communem, & in clerico veriorem, *Angel. in tract. de testam. in princip. num. 24. 25. Guilhel. Benedict. d. cap. Raynutius. verb. mortuo testatore. el 1. nu. 129. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 2. dub. 1. solut. 4. num. 84. cum seqq.* Et hanc sententiam sequitur de iure canonico *Philip. Franc. d. rubr. versic. Duodecimo prohibetur testari.* veriorem & communem dicens, quando scilicet genus delicti, quo pro quis incarceratus esset, redderet captiuum intestabilem. Et sic in effectu contra Dd. vult, quod alias ex pœna carceris perpetui non reddatur quis intestabilis iure Canonico, nedum ciuili. Idemq; sequitur *Didac. Couarru. ad rubr. 3. part. num. 27. de testament. in antiqu.* 251

e Aliqui dicunt, hanc pœnam iure ciuili nō posse imponi. *l. incred. 6. C. de pœnis. l. aut damnū. 8. §. solent. infr. pœnis.* Nam illo iure carcer est custodia, nō pœna. Aliud iure Canonico. *c. quamuis. 3. de pœnis. in 6.* Quam dicunt locū habere saltē in clericis. Bart. *in l. 2. n. 9. infr. publ. iudic.* dicit, iure quidem ciuili neminem damnari debere ad perpetuum carcerem: sed si id fiat, pœnam esse capitalem, & illum æquiparari damnato in metallū.

Fundamentum I. est, quod illa demum pœna intestabilem faciat, quæ sit legitima. *Adde Angel. Aretin. & Guilh. Benedict. relatos supra num. 204.*

II. Adducit *Didac. Couarru.* quod illi demum intestabiles sint, ex receptissima omnium Dd. sententia, qui ad mortem damnantur, non alii. Hæc sententia non satis constat. Nam ad sententiam *Auth. sed nouo iure.* ariolatur. Fateor, tales non effici seruos pœnæ. Sed inde non sequitur, testari eos posse.

III. Addo ego aliud fundamentum: quod hodie ex consuetudine etiam damnati ad mortem testentur, nisi in certis casibus. Vt proinde & ad perpetuos carceres damnati testamenti factionem habere debeant.

XVI. Infertur ad vasallum, qui de feudo non testatur, nisi domino & agnatis consentientibus, *cap. 1. in princip. ibi Dd. de success. feud. cap. 1. §. donare.* 252

nare. ibi Bald. qual. feud. olim. c. 1. d *in princ. de prohib. feud. alien. per Frid. Alex. consil. 30. num. 128. lib. 1. Dec. cons. 468. num. 1. Paris. cons. 98. lib. 2. cons. 65. num. 45. lib. 3. Iacobin. de S. Georg. in tract. feud. verb. & cum pacto. num. 4. Curt. in tract. feud. 4. part. num. 128. Bodin. de repub. lib. 1. cap. 2. prope fin.*

d De hac phrasi iudicare pro anima, dixi supra, cum explicarem *c pen. § fin. de sepult. in 6.* Codicilli dicuntur nouissimum vel supremum iudicium. *l. 2. C. codicill.* Ita testamentum dicitur *l. 3. C. quemad. test. aper. l. 2. & 4. C. qui testament. fac. poss.* & alias passim. Si codicillus est iudicium: Ergo codicillari, iudicare, testari. Hinc phrasis iudicare pro anima, quæ extat in *d. c. pen. § fin. & iurib. hic adductis.* De hac phrasi videbitis Duaren. *ad tit. n. h. sub rubr. de his qui testamen. fac. poss. vers. diximus filium qui est in potestate.* Hac constitutione (inquit) permittitur iudicare, id est, testari pro anima, si consentiat pater. Quidam scribunt, hoc verbum alibi non reperiri. Sed tamen legitur in constitutionibus Imperatorum eiusdem temporis, quæ sunt in libro feudorum *sub tit. de prohib. feud. alien.* Iudicium vero nos vocamus aliquando testamentum. Hæc ille. Imo & iudicii atque sententiæ vocabula vsurpamus de vltima voluntate.

Porro ad hanc sententiam sex ampliationes, & sedecim fallentias adducit *Ludolph. Schrad. in tract. feud. part. 7.*

XVII. Hinc infert *Vasqu. de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 180.* ad eum, qui omnia sua donat. Qua de materia ea, quæ superius dixi, consulenda erunt.

253 XVIII. Hinc infertur, ad e reges, electores, duces, marchiones, comites. f Nam de regnis, electoratibus, dignitatibus & acquisitis intuitu regnorum & dignitatum testari non possunt, sed illa ad successorem in dignitate pertinent, & iure successionis ab ipsa lege deferuntur, *Philip. Franc. d. rubr. vers. vigesimo quinto prohibentur testari reges. Guilh. Bened. in c. Raynut. verb. in eodem testam. relinquens. el 1. num. 148. vsq. 186. de testam.* Vbi de dignitate regia & feudi regalis atque primogenituræ latissime differit, *& num. 203. vsq. 210. Coraz. ad l. filium quem. nu. 22. C. famil. hercisc. Petr. Gregor. in syntag. iur. part. 3. lib. 31. cap. 31. num. 4. Bodin. de republ. lib. 6. cap. 5. per tot. maxime ad princip.* Quanquam Romanis amplissima regna testamentis obuenerint, *Briss. lib. 7. formul. vers. Instituebantur hæredes. fol. 662. Bodin. de republic. lib. 6. cap. 2. fol. 646.* annotauit: Et aliquibus visum sit, Duces, Marchiones, Comites ex pluribus filiis, propter bonum publicum, vnum, puta primogenitum in testamento regimini præficere posse, dummodo aliis condignam compensationem relinquat. *Dilect. de arte testandi tit. 3. caut. 8. num. 5.* Pro qua re faciunt, quæ de fauore primogenituræ, & monarchici status præstantia *loco relato Bened.* ample differit. De patrimoniis tamen priuatis, quæ reges, electores & principes habent, vt testetur, nihil prohibet. Estque patrimonium regis aut principis regale, vel fiscale, quod vt princeps ratione dignitatis, patrimonium autem priuatum, quod ratione personæ vt priuatus habet, *gl. ad rubr. ibi Bart. n. 17. Plat. nu. 9. C. iur. fisci lib. 10. Franc. & Coraz. locis præcitat. addatur aliquid per Vasq. de success. creat. lib. 3. §. 26. num. 82. cum sequentib.*

e Distingue vt per Carol. Molinæ. *ad consuetud. Paris. tit. 1. § 8. gloss. 3. num. 8.* In regnis, quę non iure hæreditario, sed iure sanguinis legis siue consuetudinis regni deferuntur, testamenta vsque adeo nihil valent: vt ne quidem primogenitus regis aut alius proximior, cui regnum debetur, institutus regnũ vi testamenti, vel alterius dispositionis paternæ capiat. Ita *post Ioan. Terrirub.* docet Hotoman. *de iure success. lib. 1. Molin. d. gloss. 3. num. 8.*

f Cum successio in vniuersum ius defuncti, aut patrimonialis, aut non patrimonialis ex remotione alterius, eaque vel electiua sit, vel iure sanguinis, per legem aut consuetudinem, &c. deferatur: *vt supra* 118. Sciendum, Doctores hic relatos, minime de feudo regali hæreditario aut patrimoniali, qualia & quædam regna sunt. *Molin. dict. gloss. 3. num.* 8. Sed de feudis propriis & eiusmodi dignitatibus, quæ iure sanguinis ad successorem in dignitate pertinent, agere. Vbi regula statuenda cum feudisticis doctoribus, quod nulla dispositio testamentaria valeat, *vt hic.* Quam tu vltra extensiones, à Ludolpho Schradero *in tract. feud. part. 7. cap. 1.* propositas, notabiliter ampliabis, vt ex Ioan. Terrirub. Molin. & Hotomanno *in præcedent. addit.* notaui. Testamenta autem quorundam ducum & principum Germanorum, quæ nostra & superiori ætate confecta esse scimus, partim ex iis, quæ idem Schraderus *loco relato limitat. 4. & 7.* attulit, partim consuetudinibus, & pactis familiaribus, cum approbatione Cæsaris & Statuum initis, defenduntur.

254 XIX. Hinc infertur ad Papam. Nam licet is testari possit, *gloss. fin. in d. l. cum hæredes. C. qui testam. fac. poss.* tamen hoc aliter verum non est, quam iuxta distinctionem traditam *per Philip. Franc. ad d. rubr. vers. vigesimo prohibentur*

bentur testari omnes clerici. ibi, decimo quæritur an Papa. & vers. vigesimo sexto & vltimo prohibentur testari monachi. ibi, decimo sexto quæritur quid Papa.

Ille ita distinguit: aut Papa fuit Monachus, & non testatur. Ratio decidendi secundum eum: quia per hoc, quod factus est Pontifex, solutus est à quibusdam accidentalibus, non à substantialibus regulæ. Ego autem supra dixi, quid de votis monasticis sentiam. Aut non fuit monachus, & de patrimonialibus suis eo modo vt alii seculares clerici, ipse quoque testari poterit. De Pontificatu autem, aliisq; ad Pontificiam dignitatem pertinentibus non testabitur. Non potest sibi statuere testamento successorem. Non potest de patrimonio Beati Petri, vt loquuntur, disponere, &c.

XX. Hinc infertur ad Imperatorem. Nam is de patrimonio quidem 255
priuato disponit, *l. cum hæredes. 7. in fin. C. qui test. fac. poss.* At de Imperio, aut ad dignitatem vel ius Imperii pertinentibus, & eo nomine quæsitis, testari hodie nõ potest, ne quidem ad pias causas, *Phil. Franc. d. rubr. vers. vigesimo quarto prohibetur Imperator. & vers. vndecimo quæritur, quid de Imperatore.*

I. Quærunt DD. de donatione Constantini, an valuerit, vt mouet *Franc. loco præcitato.* Respon. Debebant primo probare vnquam talem donationem esse factam. *g*

g Vide *not. supr. n. 8. & adde Felyn. in c. solitæ. nu. 5.* vbi præcipuas remissiones habet. *Seysell. in spec. feud. qui feud. dare poss. §. prædicta tamen limitatio luculenter. hom. Mel. Domin. post natin. Christi. egregie author libr. de postremis motib. Galliæ. fol. 377. cum seqq.*

II. Quærunt etiam de regalibus an possint alienari? Respon. Feuda regalia Imperii, quum membra Imperii sint, in commercio non esse, nisi iuxta normam & tenorem inuestituræ Imperialis sub vexillis publice factæ, vt dixi supra: quum de confraternitatibus agerem. Alia regalia acquiruntur duobus modis, concessione Imperatoris & præscriptione. Disputaui illa 1. in causa cuiusdam Baronis contra duos principes Imperii, 2. in causa ciuitatis cuiusdam contra principem Imperii.

III. Hodie Imperium datur electione. At iam olim maxima in Imperii successore designando Augustorum fuit authoritas. Nam Constantius Chlorus Constantinum filium successorem sibi esse voluit: quum alios ex legitima vxore liberos haberet.

Et à memoria Diocletiani & Maximiani, & paulo ante, Cæsaris appellatio secundariæ in Romano Imperio potestatis nomen fuit, ita quidem vt Cæsares ab Augustis & Imperatoribus Imperio cooptarentur, & quasi Augustorum filii atque designati Augustæ Maiestatis hæredes atque successores essent, quos hodie Reges Romanorum appellamus. Videatur *Spartianus in Vero, ad quem communiter omnes prouocant. Auentinus in annalib. Boior. lib. 2. in vita Heliogabuli ad fin. Ioann. Cuspinian. in Marco Antonio, nu. 49. in Seuero, num. 62. 63. 65. in Marco Iulio Philippo, num. 87. Albert. Cranz. in metropoli, lib. 2. cap. 10. ad fin. & lib. 4. cap. 1. Anton. Vacca in proœmio ff. verb. semper Augustus, ibi Duaren. Restaur. in tract. de Imperat. quæst. 41. vbi etiam Ammiani Marcellini, Sabellici & Alciati ad hoc authoritates producit. Gouean. in l. 11. ff. iurisdict. Andr. Tiraquell. de iure primigen. quæst. 17. opin. 4. præcipue num. 22. 26. & quæst. 33. num. 5.* Ita accipitur vox Cæsaris *in l. 6. §. fin. ff. iure fisci. in l. & si excepta. 7. C. de malefic. & mathem.* Et ita in inscriptionibus ll. quando Augusti & Cæsares, vel Augustus & Cæsar vna rescripserunt, semper accipitur.

Vnde porro Cæsar dicatur, exponit *Pictorius in lib. 7. Plinii cap. 9.*

Alias Cæsaris vox alium etiam sensum habet, & pro ipso Imperatore accipitur. Nam à Iulio Cæsare hoc nominis ad alios ipsius successores peruenit, quemadmodum vltra DD. in proœmio *ff. & Institut.* docuit *Tiraquell. de iure primigen. quæst. 18. num. 3.* Estq; hæc vocis vsurpatio antiquissima.

Quemadmodum enim Ægyptii reges prisci Pharaones, & posteriores à Ptolomæo Ptolomæi, reges Ponti Mithridatæ, reges Palestinæ Abimelechi, reges Parthorum Arsacidæ ab Arsace nominabantur. Ita Romanorum Imperatores à Iulio Cæsare Cæsares, *Procop in lib. 2. de bello Persico,* scribit: Romanum Imperatorem à Persis Cæsarem appellari. *Addatur Ioseph. lib. 8. antiquit. Iudaic. Niceph. lib. 1. Eccl. histor. c. 6. Cuspinianus in vita Iulii Cæsaris.* Et ita patrio quoq; sermone in hunc vsque diem Imperator noster, Cæsar, Kayser appellatur, vt est apertum, & idem testatur *Auentin. lib. 2. annal. Boior. in Heliogabulo.*

XXI. Hinc infertur ad excommunicatum. *h* Nam excommunicatis 256
aqua & igni interdicitur: vt proinde deportatis æquiparentur: & quod huius consectarium est, testari nequeant. *gl. fin. in c. decernimus. de sentent. excommun. in 6.* Sed receptior sententia est in contrarium.

h De substantialib. & effectu excõmunicationis, & quod illa excommunicatio regna, dominia aut res suas nõ auferat, *vide Sturm. in Antipap. 2. fol. 203. cũ seqq. & author. lib. de postremis motib. Galliæ. fol. 283. cum seqq. & E. D. L. in apologia catholica contra perturbatores regni Frãciæ. part. 2. n. 21. f. 154. cum seqq. & fol. 158. cum seqq.*

Tum

Tum (1) quod verius sit excommunicatum non deportato, sed relegato æquiparari: quum dominium & administrationem rerum suarum retineat, *gl. fin. circa med. c. pastoralis. §. fin. de appellat. in antiq.* At relegatus testari potest, *l. eius qui. 8. §. fin. h. tit. n.*

Tum (2) quod speciale sit in excommunicato propter hæresin, vt testari nequeat, *d. cap. excommunicamus. §. credentes. de hæred. in antiq.* Ergo in contrarium erit ius Commune.

Tum (3) quod omnis is testari possit, qui expresse prohibitus non est, per prædicta. Sed nullo iure relatum est, excommunicatum testari non posse.

Porro de hac sententia plenius videatur *Specul. d. § compendiose. num. 5. Bart. d. l. 4. nu. 8. ibi Bald. nu. 5. h. tit. n. Panorm. ad d. rubr. vers. nono. Phil. Franc. d. rubr. vers. decimosexto prohibetur testari excommunicatus.* qui hanc sententiam quatuor modis limitat, *Rol. d. rubr. 2. nu. 38. Dilect. de arte testandi. tit. 1. caut. 10. Ang. Aretin. in tr. de testam. in pr. nu. 31. Guilh. Bened. d. verb. mortuo itaq. testatore. el 1. n. 287. cum mult seqq.* vbi quinque limitationes ad hanc sententiam proponit, *Vasq. de success. progr. lib. 1. §. 1. num. 120. Gabr. Roman. recept. conclus. lib. 4. tit. de testam. concl. 1. per tot. Iul. Clar. d. §. testam. q. 24. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 2. interpr. 1. dub. 1. sol. 4. num. 75. Graff. §. testam. q. 24.*

257 XXII. Infer ad eos, quibus statuto restricta est testaméti factio. Quã materiam ample pertractat *Sim. de Prat. d. sol. 4. nu. 100. vsq. ad fin.* quo ea etiam referri possunt, quæ supra *ad l. ius nostrum.* circa fallentiam 24. annotata sunt. Qui autem testari nõ possunt, ne quidem codicillari poterunt, *l. 2. vbi Dd. ff. legat. 1.*

258 XXIII. Infer ad peregrinos. Nam testamentum est sententia voluntatis nostræ, nostræ scilicet, qui ciues Romani sumus, *Duaren. ad tit. n. h. sub rubr. quid sit testam.* Ideoque qui non ciues, sed peregrini sunt, testamenti factione destituuntur, latissime *Vasq de success. progress. lib. 1. §. 1. nu. 124. vsque 151.* Verum Frideric. Imp. peregrinis testamenti factionem concessit, *Auth. omnes peregrini. C. comm. de success. Petr. Greg. in syntag. iur. part 3. lib. 42. cap. 8. num. 23. cum seqq. Bodin. lib. 1. de republ. cap. 6. fol. 61. 62. 63.* qui contendit, huius Constitutionis neque in Germania, neque in Italia vllam vim esse, *supra num. 69. p. 97.*

259 XIV. Infer ad ebrium, qui non testatur nisi vinum digesserit, *Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 2. dub. 1. solut. 4. num. 23.*

Porro alii omnes, qui hac serie comprehensi non sunt, testamenti faciendi ius habent, vt testati sunt vno ore omnes, quos retuli supra circa princip. a *vers. neque tamen mentis integritas sufficit.*

a Vbi scilicet de substantialibus dicere cœpi.

Omnes textus, qui ad primum requisitum testamenti pertinent, & in iure ciuili atque Canonico extant pulcherrime per regulam, ampliationes & exceptiones explicantur.

Regula est: Quod regulariter quælibet persona testetur.

Ampliatio 1. *est in l. 1. C. qui testam. fac. poss.* de socio in re communi.

Ampliatio 2. *est in l. senium. 3. in 1. responso. C. eod.* de sene scilicet vel ægro.

Ampliatio 3. *est in l. eunuchis. 5. C. eod.*

Ampliatio 4. est de Imperatore & Augusto *in l. cum hæredes. 7. in fin. C. eod.*

Ampliatio 5. *est in l. qui munus. 10. d. tit. n.*

Hæ in ll. extant.

Limitationes autem hucusque ex ordine recensui.

Neque mirum alicui videri debet, quod exceptiones primo exponere volui: Nam illud aliis quoque solenne est.

Atque

Atque hinc infertur, I. etsi de rebus alienis nemo testari possit: *l. conficiuntur 8. § si post factum. ibi, & de alienis rebus quodammodo testatur. infr. in re codicill. Auth. ingressi. C. SS. Eccles.* & res cōmunis mea non sit: *l. in tantum. 6. §. vniuersitatis. supr. rer. diuis. l. sed si hac. 10. §. qui manumittitur. supr. de in ius voc.* vsque adeo vt in re pluribus vt singulis communi, ego alii præiudicare nequeam: Imo, ne quidem maior pars vni præiudicet, etsi ab altera parte mille personæ essent: *l. per fundum. 11. sup. seruit. rustic. prad. cap. quod omnes. ibi Dyn. de reg. iur. in 6. tot. tit. C. res inter al. act. l. 2. & l. fi. C. quib. res iud. non noc.* Societas tamen conuentionalis vel incidens non impediat, vt testamentum faciam, quæ est vtilis & amœna materia *l. 1. C. qui testam. fac. poss.* vt dicit *Ias. ibi num. 1.* Estque ratio decidendi aperta: quod res communis mea sit, quo ad dispositionem partis meæ, *l. serui electione. 5. § Labeo.* ibi ordinaria & insignis atque valde notabilis doctrina Bartoli & reliquorum, *infr. legat. 1. l. 2. infr. cond. instit. tot. tit. C. de comm. rer. alien. d. l. 1. ibi Cyn. & Bart. Bald. num. 1. Castrens. num. 3. Alex. num. 1. Ias. num. 1. & 2. Dec. num. 2.* Ergo vt in re communi ad diuisionem alteram partem prouocare mihi integrum est: ita omnes etiam actus & dispositiones, ad distractum tendentes: puta venditionem, testamentum facere possum. Id quod iura præcitata euidenter probant. 260

Actus distractiuos in re communi facere possum. At alios, qui cum communione stare queunt, regulariter non facio, vt si in ædibus communibus fabricare velim. Materia hæc de re communi est cotidiana, vtilis & amœna, quam sæpe in facti contingentia habui. Et quotiescunque ea occurrit, recurrere solemus ad *Dynum. in cap. quod omnes. & c. in re communi. de reg. iur. in 6. ad DD. in d. l. 1. C. qui testam. fac. poss. ad Felyn. in c. cum omnes. de Constitut. & præcipue ad Bart. in d. l. serui electione. §. Labeo.* qui locus omnibus commendatissimus atque notissimus esse debet.

Bartolus ibi ita distinguit: Aut aliquid est commune pluribus, vt vniuersis, prout sunt domus Monachorum, pascua publica, & res similes. Et talis res communis mea non est, neque mea esse dicitur. *d. l. in tantum. §. vniuersitatis. supra. rer. diuis. d. l. sed si hac. §. qui manumittitur. supr. de in ius vocando.*

Hinc inferunt DD. *in d. l. 1. C. qui testam. fac. poss.* si statutum puniat aliquem percutientem in suo, quod illud statutum non verificetur, si aliquis Monachorum alterum percutiat in ædibus, quæ Monachorum communes sunt. Nam illæ, inquiunt, ædes non sunt illius Monachi percussi propriæ. Et multa alia vtilia & singularia de percusso in ædibus communibus ibi pertractant.

Aut res est communis pluribus vt singulis, & tunc aut quæris an sit mea, quo ad dispositionem partis meæ, & dico (*inquit Bart.*) quod sic, *allegat d. § Labeo. & l. 2. infr. condit. instit. & d. l. 1. C. qui testam. fac. poss.* Et huc etiam pertinet materia tit. *C. comm. rer. alien.* ita pertranseunt omnes DD. *in d. l. 1.* vbi etiam adducunt *l. illud. 46. in vers. non propriæ. supra ritu nupt. l. duo fratres. 77. infra acquir. hered. & gl. in l. id quod nostrum. 11. infra reg. iur. l. si domus. 74. § fin. infra legat. 1. l. qui tabernas. 32. supra contrah. empt.* Addit *Dec. in d. l. 1. num. 2.* id, quod commune est, meum esse, quo ad dispositionem partis meæ propriæ, *adducit l. 2. infr. commun. seru. manumiss.* vbi communis seruus proprius dicitur. Contradicit *Bart. in d. § Labeo.* Vbicunque (inquit) res communis mea dicitur, id ficte intelligatur, non vere, vt not. *in l. id quod nostrum. infr. reg. iur.* & probat *in l. illud. supra ritu nupt.*

Ex hac insigni doctrina *Bald. Ias. & cæteri* multas vtiles quæstiones *in d. l. 1.* decidunt. Puta, quod testari liceat de re communi: quod legare possim rem communem: quod vendere, aut alio pacto alienare, quæ maxime sunt notanda, & recte cognoscenda maxime propter mercatores, qui societates habent. *Videatur omnino Bald. ibi num. 8.*

Item: huc pertinet quæstio, si duo fratres habent ædes communes, vnus inhabitat, alter pro sua parte vult alii ædes locare, quæritur, quid iuris? Videantur DD. *in d. l. 1. Caroc. de locat. part. 1. tit. communi diuid.*

Aut quæro: an res communis mea sit, quo ad dispositionem partis socii. Et recte concludit *Bart.* hactenus rem meam non esse, adducit *l. falso. 4. C. commun. rer. alien.*

Aut

Aut quæritur: Vtrum communis res mea sit, quo ad dispositionem super toto. *i* Et subdistinguit ille:

i Quid iuris sit de iurisdictione, de cuius exercitio illi, ad quos ea pertinet, non conueniunt, tradunt *Felin. c. prudentiam. num. 5. de offic. & potest. iud. deleg. Iacob. de S. Georg. in tr. feud. verb. dubitatur. num. 1. Nicol. Boer. in tr. de custodia clauium.*

Aut quærimus de vsu, ad quē res est destinata, & vnus super tota re disponit, adducit *Bart. l. in tantum. §. in commune. supr. rer. diuis. l. si ædes. supra commun. diuid.* Verbi gratia: Duo fratres habent ædes pro indiuiso: Vnus habitat solus in ædibus, altero absente: postea absens vult, vt ille, qui inhabitauit, soluat sibi pensionem pro rata partis suæ: alter hoc recusat. Quæritur quid iuris? Respon. Non tenetur ad pensionem. Quia vsus ædium destinatus est ad habitationem. Ergo eatenus vnus solus in totum disponit. Cur alter ille non etiam habitauit. Ita decidit ex hoc principio *Felyn. in d. c. cum omnes. num. 15. vers. prima fallentia. Ias. in l. & suum. § hodie. num. 6. & 7. supr. pactu. Duen reg. 295. fall. 1. Castr. d. l. 1. num. 5. ibi Ias. num. 27. C. qui test. fac. poss.*

Aut res non erat destinata ad illum vsum, & tum res non dicitur vnius propria, aut mea, quo ad illam dispositionem, puta, vnus in re communi vult fabricare, aut aliud quid præiudiciale facere. *l. Sabinus. 28. supr. commun. diuid.*

Hoc posterius membrum *Bart. ibi* limitat quatuor modis, qui videri possunt apud eundem.

Ad eandem doctrinam videbitis *Felyn. d. c. cum omnes num. 15.* vbi septem limitationes tradit. *Addendus & Duen. reg. 294.* Omnibus hisce fallentiis addendi omnes illi casus, in quibus limitatur materia tot. tit. *C. int. alios acta. & l. sæpe 63. infra re iud.* Quam materiam ample pertractat *Tiraquell. in commentario ad d. tit. C. res int. al.* & ego etiam peculiari expositione illustraui.

Inter illas fallentias, quæ omnes bene menti tenendæ sunt, etiam est materia *l. & suum. 8. §. hodie. cum seqq. supr. pactis. & l. fin. C. qui bon. ced. poss.* Vbi deciditur, quod maior pars creditorum debitori obærato dilationem concedere, aut certam debiti partem remittere possit. Quam tractant *DD. ibi.* Quæ doctrina tamen non simpliciter vera est, sed sua substantialia requisita habet, prout ego eam iam olim, necessitate poscente ad praxin cum requisitis & ampliationibus atque limitationibus resolui.

261 Ampliant autem DD. textum *dict. leg. 1.* vt legans fundum communem, totum confinando, tantum *k* partem legasse intelligatur: Quia habens ius in re, siue respiciat partem rei, siue totam, solum ius, quod habet, videtur legare. Sufficit enim, legatum vtile esse in parte, vel in iure, quod habeo. *d. l. serui electione. §. Labeo. & l. si domus. 74. in fin. infr. legat. 1. l. vxor patrui. 20. C. legat. Ita Bald. d. leg. 1. num. 2. ibi Castr. n. 4. Ias. nu. 4.* Sed si nullam partem aut nullum ius testator in re haberet, recurrendum esset ad doctrinam & distinctionem *l. non dubium. 14. §. fin. infr. legat. 3. & l. cum rem alienam. 10. C. legat. Ita Castr. loco relato.*

k Sed quid iuris est in re, quæ testatori cum hærede communis est? Respondeo: Bartoli receptam doctrinam esse, quod testator legans rem sibi cū hærede cōmunem, totam legasse intelligatur. *Bartol. l. cum filius. §. dominus. per illum text. infra legat. 2. Corn. consil. 84. num. 8. libr. 2. Couarru. in cap. filius noster. numer. 3. de testament. Graff. in tract. recept. sentent. § legatum. quæst. 14. num. 8.* Hæc sententia distinctionem recipit, re scilicet dubia. *Bart. in dict. l. serui electione. num. 3. Ias. in leg. cum rem alienam. num. 11. Cod. legat. Couarr. dict. c. filius noster. num. 3. Mantic. de coniect. vlt. voluntat. libr. 9. tit. 12.* Quando autem certum est, testatorem non partem suam modo, sed totam rem sibi cum hærede communem legare voluisse, cessat præcitata distinctio, & regula obtinet: Quod testator non minus res hæredis, quam suas legare possit, siue rem hæredis esse sciuerit, siue ignorauerit. *l. vnum ex familia. §. si rem. infr. legat. 2. ibi gloss. & Bart. Gomez. tom. 1. variar. resolut. cap. 12. num. 14. communem dicens. Mant. de coniect. vlt. volunt. libr. 9. tit. 8. num. 8.*

Cæterum pro pleniori cognitione *d. l. 1. vltra DD. ibi & in d. §. Labeo.* videatur *Dyn. in d. c. quod omnes. de reg. iur. in 6. Felyn. d. c. cum omnes. nu. 15. Duen. reg. 295. & Tiraquel. ad tit. C. res int. alios.*

262 Inter II. ad materiam *leg. senium. 3. in primo responso. C. qui testament. fac. poss.* Vbi ratio dubitandi fuisse putatur: quod in decrepitæ ætatis senibus senectus morbus sit. *Menoch. de arbitr. iud. lib. 2. cent. 1. casu 60. numer. 7. 8.* qui sensum puerilem denuo inducat. *Castrens. dict. l. senium.* quemadmodum & morbus interdum animi & mentis abalienationem inducit. *l. in aduersa. 17. h. tit. n. l. hac consultissima. 8. vers. at cum humana. ibi DD. & Dec. numer. 3.*

Cod. qui

Cod. qui testament. facer. poss. Contrarium respondisse aiunt Impp. ea ratione: quod sana mens præsumatur, vt supra late deduxi, etiam in sene decrepitæ ætatis & centum annorum. *Bald. d. l. senium. n. 1. ibi Castrens. num. 1. & 2.*

Verum non huc Impp. decisio spectat, neque ibi dubitatum fuit: Vtrum sana mens præsumatur, an non: Sed hoc in quæstionem venit: si sinceritas mentis adsit, an senium ætatis, vel ægritudo corporis testamenti factionem impediat. Et deciditur, quod non. Idque ea ratione: quod in eo, qui testatur, integritas mentis, non sanitas corporis exigenda sit: quum corporis debilitas ea, quæ animi iudicio peraguntur, impedire non debeat. *l. 2. h. tit. n. l. 2. §. corporis debilitas. infr. vac. mun.* Ita recte textum exponit *Accurs. & ibi Dec. num. 4.*

Procedit autẽ textus *d. l. senium.* etiam de iure Saxonico, modo ea concurrant, de quibus *Constit. Saxon. 3. part. cap. 5.* mentionem facit: quum textus iuris Saxonici *in art. 65.* **Weichb.** *& art. 52.* **Landr.** *lib. 1.* qui contrarium velle videntur, per verba contractus loquantur, vt proinde ad ius testandi non pertineant. *Constitut. Elect. Saxon. part. 2 cap. 12. Reinhard. part. 1. differ. 2. Schneidevv. § fin. nu. 15. Instit. quib. non est permiss. fac. testamen.*

Porro de clausula, qua Notarii fere semper perhibent, testatorem sana mente, sed ægro corpore fuisse, disserunt *DD. in leg. 2. h. tit. n. in d. l. hac consultissima. in d. l. senium. ibi Alex. num. 2. Ias. num. 1. 2. 3.* dicens communem & veram, quod Notarii dicto non stetur. Pro qua sententia tria fundamenta adfert. Et *Dec. nu 8.* qui illam sententiam ibi explicat. *Ceph. cons. 72. num. 1.* & notanter *Sim. de Præt. de interpr. vlt. vol. lib. 2. dub. 1. interpr. 1. solut. 4. num. 12. 13. 14. & seqq.*

III. Hinc infertur ad Eunuchos. *l. 5. C. qui testament. fac. poss.* Nam etsi lex puberes tantum ad testamenti factionem admittat: Eunuchi autem non pubescant: imo neque viri, neque mulieres esse credantur. *Duaren. ad tit. n. hic. sub rubr. qui testament. fac. poss. versic. superius diximus quosdam prohiberi.* Testamenti tamen factionem habent, ea ratione decidendi, quæ ex *l. 2. h. tit. n.* ad præcedentem illationem est adducta. *Duaren. loco relato.* quanquam *Cuiac. in lib. 17. obseruat. cap. 24.* textum *d. l. Eunuchis.* ad cubicularios principis referre velit. Cui expositioni textus generalitas (vt alia) parum fauere videtur. 263

Porro quod Imperator Constantinus *in d. l. Eunuchis. ad fin.* addit, concessionem Eunuchis factam intelligendam esse, salua testamentorum obseruantia, id supra circa regulam: Quod vltima Voluntas sit ambulatoria, &c. ampliatione 2. ad primam limitationem principalem, expositum est, & infra substantiali 4. fallentia 13. plenius D. V. exponetur.

IV. Hinc infertur *m* ad *l. qui manus. 10. h. tit. n.* cuius textus decisio ab eadem cum præcedentibus duabus illationibus ratione deducitur. *Duar. loco præcit.* 264

m Brisson. *lib. 7. formul. vers. cæterum testamentum codicillosve. fol. 656.* ita intelligit, quod manus non habens, testamentum facere possit, etsi scribere nequeat: quum alterius etiam manu testamenta scriberentur vt ille ibi multis docet, & est text. *in l. seruus. 28. h. tit. n.*

Scribit autem *Muscornus in tractat. de iurisdict. numer. 61.* sibi videri, quod omnes DD. loqui Iureconsultum de eo intellexerint, qui ex corporis inualitudine manus amiserit. Ipse deceptos esse putat, & textum in eo, qui per sententiam iudicis manus amiserit, accipi debere contendit, atque istorum errorem se aperte conuincere ait. Verum nõ modo rationes illius

illius ociosæ sunt: *n* sed & hoc constat Bart. Bald. Castren. vtrumque sensum *ad text. d. l. qui manus.* recte esse amplexos. *o* Vt enim is, qui ex infirmitate manus amisit, testari potest: *p* Ita in eo, cui per sententiam iudicis manus amputatæ sunt, *q* idem omnino iuris est. *Ita Bart.* *r* *Bald. & Castr. loco relato*, etiamsi ex illa pœna Reus statim moriatur. Non enim illa mors intentio iudicis, sed casus fuit fortuitus, qui testamentum rescindere non potest. *Bald. ibi.* Quæ vera, nisi ob tale crimen manus amputatæ Reo sint, ob quod factus est intestabilis. Ita post *Speculatorem*, in exoculato loquentem, *in dict. §. compendiose. num. 6.* decidit *Bartol. loco relato. Ang. Aretin. in tract. de testament. in prin. nu. 27.* Addatur autem ad *textum præcitatum Delrio in collectaneis, ibi fol. 82.*

n Argumentatur I. ab ordine textuum. Præcedentes textus (inquit) loquuntur de aqua & igni interdictis, id est, de accusatis. Ergo idē in hoc textu. II. Ponderat verbum amisit. Id, inquit ille, etiam accipitur isto casu, vbi quid amissum per sententiam.

o Male ergo ille DD. allegat.

p Beatus Cyprianus exempla refert in sermone de mortalitate.

q Hanc pœnam passus est Iohan. Damascenus monachus, vir doctus & sanctus, cuius opera extant. Fuit enim magister epistolarum apud Theodosium. Et quum in suspicionem proditionis venisset, dextra ei præcisa est. Verum postea deprehensus est, qui literas proditorias stylo Damasceni probe assimilauerat.

r In volumine regularum, quod nuper editum est, *part. 2. lib. 11. fol. 94. col. 2. in reg. incip. mutilatus.* contraria sententia attribuitur Baldo: quod mortuus ex amputatione manus, intelligatur esse seruus pœnæ & intestabilis. Allegatur ibi *Bald. in l. si veritas. C. fideiuss.* sed talis textus non est sub *tit. C. de fideiuss.* Neque talis decisio Baldi extat sub illo *tit. aut in ff. eod.* Quin potius ipse contrarium affirmat in *d. l. qui manus.*

265 Hinc infertur ad eum, qui infamia notatur. Nam infamem testari posse inter omnes conuenit, vt dicit *Duar. ad tit. n. h. sub rubr. qui testam. fac. poss. vers. nunc videndum est de iis: prope fin.* hanc enim sententiam tenent *Bart. in l. is cui. §. si quis ob carmen. ibi Bald. & Castr. n. 5. Ang. Aret. in tr. de test. in pr. nu. 32. late Bened. d. verb. mortuo itaque testatore. num. 312. vsque num. 324. Clar. § testamentum. q. 25. Grass. §. testamentum. q. 32.*

Tum (1) quod nulla lex reperiatur, quæ prohibeat infamem testari: Ergo infami permissam esse testamenti factionem dicendum est. Ita formaliter dicit *Duaren. loco præcitato* Et quod *in d. §. si quis ob carmen.* refertur, id peculiarem rationem habet, vt *Bart. ibi & Castrens.* annotarunt, & supra dictum est.

Tum (2) quod Iureconsf. *in l. eius qui 8.* anxie & scrupulose doceat, variis exemplis in medium productis, quæ personæ ob pœnam & crimen, vel conditionem amittant testamenti factionem, & tamen de infamibus nihil meminit, *Duaren. loco relato.*

Tum (3) per *l. 1. C. de secund. nupt.*

Tum (4) quod à militia ex causa ignominiosa dimissus, infamis sit: & priuilegium militare amittat: iure tamen communi testari non probibeatur, *l. testamenta. 27. infr. milit. testam.*

Tum (5) quod relegati, & eius contra quem criminalis Processus ventilatur, existimatio minuatur: qui tamen testari possunt, *l. cognitionum. 5. §. minuitur. infr. var. & extraord. cogn. iunct. dict. leg. eius qui 8. § fin. & l. qui à latronibus 13. §. fin. ibi Bart. num. 1. Castrens. num. 5. infr. h. tit. n. Bart. & DD. d. §. si quis ob carmen.*

Verum vltimam hanc DD. rationem *Duaren. loco relato* recte conuellit: quod opinio alicuius minui possit, qui tamen infamis non sit.

Atque hinc deducitur, periurum, licet infamis sit, *l. si quis maior. 41. Cod. de transact. c. infames. & c. quicunque. 6. q. 1.* testari tamen posse, *Ioann. Andr. in c. quod semel. num. 9. de reg. iur. in 6.*

V. Hinc infertur ad Iudæos, *Philip. Franc. d. rubr. vers. decimoquinto prohibentur testari infideles.* quum habeantur pro ciuibus Romanis, *l. Iudæi Romano. 7. C. de Iudæis. Mynsf. obser. 6. cent. 5.*

An vero illi, qui factionem testamenti actiuam non habent, saltem ad pias causas testari queant, vltra ea quæ superius dixi, & per interpretes allegatos circa singula puncta deducuntur, videatur *Clar. §. testament. q.5. & remissiue q.34. num.1.*

Hactenus ergo de habilitate testatoris diximus, quam ideo iura nostra requirunt, quod testamentum per ipsum testatorem conficiendum sit. Quam sententiam 15. modis ampliat, & 4. modis limitat *Vasq. de success. creat. lib.2. §.17. num.77. circa requisitum 27. cum mult. num. seqq.*

SECVNDVM SVBSTANTIALE.

Porro ad substantiam testamenti non sufficit facultas, quod scilicet te- 267
stator factionem testamenti actiuam habeat: sed & alterum humanorum actuum principium, id est, Voluntatem accedere oportet, *[illegible] ad l.1. § si quis ita. nu.34. infr. verb. obligat.* quæ & efficientis rationem obtinet, vt ex iis, quæ hucusque dicta sunt, cognosci potest, & materiæ vicem præstat, si videlicet explicata sit. Atque hoc sensu Voluntatem causam testamentorum materialem, & proinde secundum testamenti solennis in scriptis atque nuncupatiui substantiale esse dicimus, *Bologn. ad rub. num.2. & 4. infr. lib. & posth. in l. nemo. num.4. infr. legat.1. & in l.1. num.9. & l. sciendum. n.4. infr. verb. oblig.* Recte autem ille *loc. relatis* in materia naturalem & ciuilem habilitatem desiderat. Et naturalis quidem habilitas in maiori & in eo est, qui intelligit, quid agat, *Bologn. d. l. nemo. num.4. vers. substantialia.* Vbi notandum ante omnia requiri, vt de Voluntatis expressione seu dispositione constet. Neq; enim si quis aliquem se facturum hæredem iactauerit, aut in contractu hæredem appellauerit, id sufficit, *l. fin. de testam. & DD. in l. sub pactum. §. fin. ibi Bart. num.3. supr. de pact. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib.4. tit.4. num.1.2.3.* At ciuilis habilitas in legis approbatione consistit. Ergo non sufficit, vt testator Voluntatem expresserit, sed requiritur 1. Vt ea expressio non coacta sit: quum eo casu, vbi quis ad testandum compulsus est, fisco locus fiat, per supra dicta. 2. Non satis est, liberam esse, nisi & à proprio testatoris motu atque iudicio proficiscatur: quum suggesta dispositio non valeat. 3. Requiritur, vt non sit in alienum arbitrium collata. Testamentum enim nostræ Voluntatis est sententia. 4. Requiritur, vt Voluntas iuste, id est, non modo perfecte, sed & solenniter explicata fuerit. 5. desideratur, vt & honesta, non captatoria sit. De quibus omnibus supra circa definitionem satis superque actum est.

TERTIVM SVBSTANTIALE testamenti.

Tertium substantiale testamenti est causa testamenti subiectiua, id est, 268
ipsa hæreditas, *Bologn. ad rubr. n.5. vers. tertio requiritur. infr. liber. & posthum. Idem in l. nemo. num.4. vers. quartum. infr. legat.1. §. igitur. in fin. Institut. de pupill. substit. Corras. de iuris arte part.1. c.26. ad fin.* ad quam non modo naturalis, sed & ciuilis habilitas necessaria est, vt videlicet bona hæreditaria in rerum natura reuera existant, & in commercio hominum atque dominio testatoris sint, *Bologn locis relatis.*

Atque hinc infertur 1. eos, qui neque actu neque potentia bona habent aut habere possunt, vt damnati ad mortem, quorum bona publicantur,

cantur, testamenta facere non posse, *Bald. in Auth. ingressi. num. 6. ibi Castr. num. 14. C. SS. Eccles. l. lex Cornelia. 28. ibi, qui nulla bona in ciuitate reliquit. infr. vulg. & pupill.*

Infertur 2. de Pontificatu, rebus Ecclesiæ, sed & de Imperio, Electoratibus, Ducatibus, aliisque eiusmodi dignitatibus atque feudis testamenta regulariter confici non posse: quum in eiusmodi rebus habilitas ciuilis, ad testamenti factionem necessaria, cesset.

Infertur 3. de rebus alienis, aut fideicommisso subiectis neminem testari posse, *Cyn. in d. Auth. ingressi. num. 2. ibi Bart. num. 62. Paris. cons. 26. nu. 17. lib. 2. Grass. §. institutio. q. 23.* Quam sententiam 30. modis ampliat, & duobus modis limitat *Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 17. nu. 76. requisito 26.*

269 Porro data habilitate naturali & ciuili circa causam testamenti subiectiuam, & cæteris paribus, testamentum ad bona etiam postea à testatore quæsita pertinet. Puta, facit aliquis hodie testamentum, cuius non vsque adeo lauta res est, is testator post testamentum 10. 20. 30. aut pluribus annis vixit, & diues opum effectus est. Certe hæreditas eius ad institutũ pertinet, nihil quicquam venientium ab intestato contradictione obstante, quod testamentũ ante multos annos à paupere conditũ. & proinde verosimile haudquaquam sit, eius intentionem fuisse, vt institutus in tam ampla hæreditate post testamentum quæsita succederet. s *Ita decidit Castr. in l. sancimus 27. per illum textum n. 2. C. testam. Duaren. ad tit. n. h sub. rubr. de effectu solennitatis seruatæ, prope fin. vers. hinc colligi potest quid respondendum, &c.* Dixit enim textus, testamentum ex solo temporis cursu non mutari, licet testator multo longo tempore superuixerit. Ergo ad omnia bona, etiam post testamentum quæsita trahitur. Quia alias non subsisteret testamentum; quum in paganis nemo pro parte testatus & intestatus decedere queat, *Grauet. ad. rubr. num. 91. infr. legat. 2.*

s Dispositio qualibet, ad præsens solummodo tempus refertur: sed fauore testamenti sustinendi fit extẽsio etiam ad futura. *Alber. Brun. de rebus dub. §. venio ad dubiam. nu. 41. cum seqq.*

270 Et hæc quidem sententia, quod quo ad institutionem hæredis & hæreditatem spectetur tempus mortis, ampliatur 1. vt idem sit in substitutione, *Grauet. d. rubr. num 91. vers. ampliatur ista conclusio.*

Amplia 2. vt idem sit in legato vniuersitatis: puta, si grex, aut peculium legetur. Augmentũ enim & diminutionem talia recipiunt, & idem grex, idem peculiũ est. Et hæc in legato vniuersitatis regula est: vt tempus mortis spectetur, *l. si grege 22. infr. legat. 1. l. peculium. 67. in princ. infr. legat. 2. l. fin. ibi gloss. verb. cedat quæ hanc regulam ponit. infr. fundo instructo.*

Ita si aliquis legauerit omnia bona simpliciter, vel vsumfructũ omnium bonorum. Nã tunc veniunt & futura, eam ob causam, quod videatur legare substantiam seu hæreditatem, *l. quoties 41. §. fin. supr. vsufru. l. nam quod. 14. §. fin. cum l. seq. infr. ad SC. Trebell. Bart. in l. si ita. nu. 4. infr. auro & arg. leg. Cephal. cons. 773. num. 103. Grauet. d. rubr. nu. 92. vers. ampliatur secundo. qui exemplum d. l. fin. de fundo instructo, huc accommodat. Duar. l. si ex toto. infr. legat. 1.*

III. Amplia, vt idem sit in legato rei particularis, dummodo legetur certum corpus rei immobilis, vt fundus, domus. Nam quo ad accessiones, quæ vnum & idem fiunt cum corpore legato, tempus mortis spectamus: quum augeant legatum & cedant legatario. Ergo si quis post testamentum factum fundo Titiano legato partem aliquam adiecerit, id quod adiectum est, legato cedit, si modo testator eam partem non separatim possedit, sed vniuersitati prioris fundi adiecit, textus sunt *in l. si ex toto. 8. in princip. infr. legat. 1. leg. quod in rerum. 24. §. si quis. infr. legat. 1. leg. quum fundus. 10. infr. legat. 2.* Aliud est, si ita quis legauerit, argentum viato-

V 2 rium

rium *t* meum dari volo. Nam si paterfamilias in diuersis temporibus reipublicæ causa abfuerit, id solummodo argentum viatorium debebitur, quod testamenti tempore habuit, *l. fin. in princ. infr. aur. & arg. leg.* Idem iuris est, si ita legetur, vestē meam, argentum meum damnas esto dare. Nam id solum legatum videbitur, quod testamenti tempore fuisset, non quod postea adiectum est, *l. si ita. 8. infr. aur. & arg. legat.*

t Viatorium argentum & balneare dicimus, quo in itinere & in balneo quis vti consueuit.

Tum quod in hisce iuribus res superuenientes per se & æque principaliter accedant & subsistant: neque accessorie ad res tempore testamenti existentes veniant: idemque corpus cum aliquo principali fiant, *Ias. in l. serui electione. §. Labeo. num. 10. 11. infr. legat. 1. Carol. Molin. ad consuet. Paris. tit. 1. §. 1. gl. 5. num. 8. Couarr. pract. quæst. cap. 2. num. 2.*

Tum quod præsens tempus semper intelligatur, si aliud comprehensum non sit: siue testator dicat vestem meam, argentum meum, qua demonstratione præsens, non futurum tempus ostenditur. *d. l. si ita.* siue pronomen *u* meum, in quo DD. Communiter magnam vim faciunt, absit. Hæc enim vis & natura dispositionis est præsentis temporis, vt ad futura non trahatur. Ita legatum liberationis ad debitum, quod tempore testamenti fuit, restringitur, neq; ad postea contractum extenditur, *l. Aurelius. 28. §. 1. & 2. infr. l. b. legat.* Ita legatum præceptionis & optionis 20. nominū ex Calendario testatoris, de illis nominibus accipiendum est, quę testator in Calendario tempore testamenti habuerit *l. nomen. 34. §. 1. infr. de legat. 3.* Ita si pater, institutis filiabus, earum fidei commiserit, vt propter res vniuersas, quæ sibi cum aliquo communes sint, quas æstimationis constet esse duorum milium, pro portione sua mille aureos accipiant: & testamento superuixerit, atque amplius patrimonium reliquerit, haudquaquam vniuersum, datis mille aureis, restituentur: quod ea æstimatio tantum pertinuerit ad bona, quæ tempore testamenti adfuerunt, *l. fin. §. 1. infr. legat. 2.*

u DD. maximo cōsensu tradunt, pronomen *meum* denotare tēpus præsens. Quod textus clare dicit. Et hæc est recepta sententia. At aliqui, & post illos Molin. & Couarru. tenent, restrictionē ibi fieri ad tempus præsens, non propter pnomen *meū*, sed ex vi & natura tam dispositionis, quæ sit præsentis tēporis, quam regulæ communis, quod videlicet dispositio pręsentis temporis non trahatur ad futura, *Duen. reg. 205. incip. Dispositio facta.*

Porro pro pleniori sensu præcitatorum aliorumque huc pertinentium iurium videantur præ cæteris *Cyn. in l. fin. num. 8. 9. C. de pact. ibi Alber. Ros. num. 2. 3. B. in repet. vers. item gloss. quærit. Ang. num. 5. Salycet. nu. 6. 7. Cast. num. 9. Ias. num. 15. & nu. 53. Dec. nu. 19. cum seqq. 31. 33. Bolog. nu. 146. Bart. in d. l. si ita. Bart. & DD. in l. serui electione §. Labeo ibi Ias. infr. legat. 1. Alber. Brun. de rebus dub. §. venio ad dubiam. num. 41. cum seqq. Carol. Molin. ad consuet. Paris. tit. 1. §. 1. glos. 5. num. 17. 18. 19. DD. in d. l. si ex toto. ibi late Duaren. infr. legat. 1. Couarr. d. cap. 2. per tot. Crauet. d. rubr. n. 90. cum seqq. Mantic. de coniect. vlt. vol. lib. 9. tit. 1. 2. 3. Sim. de Prat. de int. vlt. vol. lib. 4. interp. 1. dub. 7. Duen. reg. 205. dispositio facta. Alphan. in report. n. 600. Grass. §. legatū. q. 71. Ceph. cons. 144. per discursum. & n. 28. Idem luculente & latiss. m. cons. 773.* ibi differit, an & quando attendatur tempus testamenti vel mortis testatoris circa augmenta & diminutiones legatorum, & quando dispositio præsentis temporis trahatur ad futura. eleganter *Roland. à Vall. cons. 39. nu. 1. & seqq.* vbi de sensu *d. l. si ita.* copiose differit, *lib. 4.* Quam materiam etiam *Nicol. Bellon. cons. 5. per tot.* tractat.

QVARTVM SVBSTANTIALE.

271 Quarto ad testamentum exigitur institutio hæredis, quæ est forma substantialis *x* testamenti, distinguens testamentum ab aliis vltimis voluntatibus: quæ ab interpretibus anima & caput testamenti esse dicitur, in qua totum pondus consistit: quum ad validitatē testamenti necessario requiratur,

x Testamentum quod proprie ita dicitur, sine institutione hęredis non valet: aliud si testator tantum legare & fideicommittere voluerit, *Rolandin. de testam. rubr. 11. nu. 1.*

requiratur, vt post mortem testatoris aliquis sit, qui voluntatem defuncti sustineat, vt non pereat. Ideo sine hæredis institutione testamentum nullum est, *l. fin. infr. iure codicill.* §. *ante hæredis. institut. de legat.* Vnde testator nomen hæredis inducendo, totum testamentum annullare potest, si hoc velit, *l.* y *pen. infr. his quæ in test. delen. Castrens. in l. si vnus. C. de testam.* Quemadmodum & testamentum caducum efficitur, si hæres ante testamentum, vel post testamentum ante testatorem moriatur, *l. 1.* §. *& quum tripliei* §. *in primo. &* § *pro secundo. C. caduc. toll. Bald. l. 1 num. 2. vers. secunda est. ibi Castrens. num. 4. h. tit. n. Bologn. ad rubr. num 8. & seqq. infr. liber. & posthum. Idem in l. nemo. 4. vers. tertium substantiale. infr. legat. 1. Rolandin. de testament. part. 1. rubr. 2. num. 2. Duaren. ad tit. n. hic. sub rubr. de hæred. institu. in princ. Brisson. lib. 7 formul. versic. testamentorum vtique caput fol. 673. Dilect. de arte testandi, tit. 4. caut. 1. per tot. Clar.* §. *testamentum. quæst. 35. num. 1. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 3. interpr. 1. dub. 1. solut. vnic. num. 1. & per tot. & dub. 4. solut. 1. num. 1. Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 1. num. 1. & 2. Petr. Greg. in syntagm. iur. lib. 42. cap. 9. num. 4. 5.*

y Vide infra in expositione *l. hæredes palam.* § *si quid post.* vbi explicabitur etc. *inf. his quæ in testam. delen.* Sed quid, si testator existimans hæredẽ mortuum, primum testamentum reuocet, & aliud condat? Vide *l. fin. infr. hæred. institut. Vasq. de success. creat. libr. 2.* §. *16. num. 22. pag. 324.*

273 Ergo ad substantiam testamenti hæredis quidem institutio necessaria est, *Vasq. de success. creat. lib. 2.* §. *16. nu. 21.* vbi octo modis ampliat.

Verum ad z hæredes quod attinet res distinctionem recipit. Nam quidam necessario pro substantia testamenti instituendi, aut exhæredandi sunt, *Bologn. in l. posthumo. num. 44. C. bon. poss. ff. cont. tab. Rolandin. de testament. part. 1. rubr. 13. vsque ad rubr. 20. Vasqu. de success. creat. lib. 2.* §. *18. num. 1. & seqq. &* §. *20. num. 1. cum seqq. Iul. Clar.* §. *testament. quæst. 40. 41. 42. 43. 81. 82. Ang. de testam. gl. 21. num. 5. Nepos de Monte Alban. de except. cap. 20. num. 6. Brisson. lib. 7. form. fol. 674. cum seqq. vsq. 677. Augustin. Spannoch. in l. Gallus. partic. 1. & 2. infr. lib. & posthum. Graff.* §. *testament. q. 35. 36. Mant. de coniect. vlt. volun. lib. 4. tit. 11.* Quum præteriti testamentum rumpant, aut nullum faciant, *l. 1. infr. iniust. testament. DD. locis præcit. Bologn. Auth. ex causa. num. 2. & 22.* vbi decidendi rationem proponit, *C. liber. præter.* Et hanc institutionem necessariam appellant. Quidam autem instituuntur iuxta testatoris beneplacitum, *Roland. d. part. 1. rubr. 21. Bologn. & Spannoch. locis relatis.* Quinimo non sufficit filio quid relictum, nisi id honorabili institutionis titulo factũ sit, §. *aliud. quoq. capitulum. in Auth. vt quum de appell. cognosc.* Quam materiam luculente pertractant *Ioan. de Imol. in l. 1. l. si ex fundo. & l. his verbis. infr. hæred. instit. DD. in Auth. nouissima. ibi Ias. C. de inoff. testam. Bologn. in Auth. ex causa. nu. 16. C. lib. præter. Philip. Franc. ad c. 1. col. 17. vers. in eadem glossa, ibi primum tutius. vbi per 10. col. hunc passum tractat. ibi Gemin. num. 15. de testam. in 6. Guilh. Bened. repet. c. Raynut. verb. in eodem testamento relinquens. el 1. num. 1. cum multis seqq. ibi Couar.* §. *1. per tot. de testam. Vasq. de success. creat. lib. 1.* § *10. num. 189. cum plurimis seqq. & lib. 2.* §. *20. num. 235. cum mult. seqq. Clar.* §. *testament. quæst. 38. Dilect. de arte testandi tit. 3. caut. 1. num. 2. Franc. Viuius lib. 1. commun. opin. verb. filii sunt necessario. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 3. per tot. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 3. interpret. 1. dub. 1. solut. vnic. num. 2. vsque 10. Graff.* § *legitima. q. 32. nu. 1. &* §. *testam. q. 35. per tot.* Vbi singulariter notandum, etsi ante Constantinum Magnum conceptis verbis hæres instituendus erat: tamen illum principem nõ minus iudiciariis quam testamentariis formulis infestum, illas foro & orbe Romano excedere iussisse. Vt proinde hodie quibuscũq; verbis, aptis tamen & conuenientibus, heredis institutio fieri possit, *l. quoniam indignũ. 15. ibi DD. C. de testam. latissime Philip. Franc. c. 1. col. 20 vers. quarto quæritur, quid si pater in testamento dicit relinquo, & c. cum multis seqq. de testam. in 6.*

z Hæredes autẽ necessarii dicuntur, aut sui & necessarii, aut extranei. *text. in princip. Instit. hæred. qualit. & d. ff.* Parentes coguntur liberos instituere, aut exhæredare: Idẽ est de liberis. Nam si testari velint, & descendentes non habeant, parentes instituere aut exhæredare coguntur. §. *aliud quoq. capitulum.* §. *& hæc quidem de parẽtum. in Auth. vt cum de appell. cognosc. auth. ex causa. C. liber præterit. const. Saxon par. 3 cap. 9.* alias testamentum nullum est. *In Roy. in e- pit. success. cap. 31. nu. 34.* Necessarii autẽ hæredes sunt serui.

1. Sed in iure nostro alia quoq; species necessariorum hæredum exstat, de qua videbis *Bened. rep. cap Raynut. verb. mortuo itaq. testatore. el 2. num. 211.*

2. Deinde illi quoque, qui de fideicõmisso restituendo roganti ad instantiam substitutorũ cogi possunt vt adeant. Vide quæ dixi ad *l. 1 inf. vulgar. subst. qu. 3. vers. sextum exemplũ. & ibid. circa effectum 5. fallent. 5.*

in 6. Rol. de testam. part. 1. rubr. 11. num. 3. & rubr. 17. nu. 23. Duaren. ad tit. n. h. rubr. de hared. inst. cap. 1. Clar. §. testam. q. 44. Bened. d. c. Raynut. verb. catera bona. n. 56. 57. Brisson. lib. 7. form. vers. instituebantur haredes his verbis fol. 661. late Mantica de coniect. vlt. vol. lib. 4. tit. 3. num. 1. vsque 9. & num. 22. vsque 29. vbi multis illustribus exemplis regulam declarat, quod institutio hæredis tanquam fauorabilis benigna interpretatione adiuuanda sit, *tit. 4. nu. 4. 5. Sim. de Prat. de int. vlt. vol. loco pracit. & eod. lib. 3. interpr. 1. dub. 3. solut. vnic. per tot. Petr. Greg. in syntag. iur. lib. 42. cap. 9. num. 10. Graff. § institutio. q. 14. & 15.*

Est autem materia institutionis hæredum ampla & difficilis, peculiarem & à materia nostra distinctam tractationem habens, cuius proinde summa tantum capita: puta, nominis expositionem, definitionem, diuisiones, requisita, effecta breuiter hic attingemus.

Porro quum hæredis vocabulo dominum intelligamus: *§. fin. ibi, pro herede autem gerere. Inst. hared. qual. & diff. l. his verbis. 48. in princip. inf. hared. inst.* 274 qui post mortem testatori surrogatur in iure vniuerso, *l. nihil aliud. 24. infr. verb. signif. l. haredem. 60. & l. hereditas. 63. infr. reg. iur.* & defuncti personam repræsentat: *§. 1. Auth. de iureiur. à mort. prast.* Hinc ergo sequitur, non suum modo, sed & omnem extraneum regulariter hæredis appellatione venire, *Gabr. Roman. lib. 6. recep. conclus. tit. de verb. signif. reg. 2. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 3. interpret. 1. dub. 4. solut. 5. Alphan. in report. num. 604.* idque per multas successiones. Hæc enim antiqui iuris regula est: Hæredem hæredis testatoris esse hæredem, *l. fin. ibi DD. & Ias. num. 3.* qui ampliat & limitat, *C. hared. instit. l. haredis appellatio. 65. ibi egregie Alciat. l. sciendum. 70. ibi Alciat. infr. verb. signific. l. in annalibus. 22. C. legat. l. qui per successionem. 155. ibi Dec. & Cagnol. infr. reg. iur. Bellon. lib. 4. supputat. cap. 16. Alphan. in report. num. 779. & num. 817. Prataeus reg. 409. hares haredis. Graff. §. hereditas. quast. 10. 11.* Aliquot tamen casibus hæredis appellatio proximum & sanguinis successorem tantum continet, ad sanguinis tantum successorem pertinet, quos ex ordine enarrat IC. *in d. l. sciendum. ibi Alciat. idem in d. l. haredis appellatio. Ias. in d. l. fin. Dec. d. l. qui per successionem. ibi Cagnol. Prataeus reg. pracit. & late Gabr. Roman. d. reg. 2. num. 6. cum seqq. & nouissime atque latissime Sim. de Prat. d. solut. 5. per tot.*

Instituere autem idem est, quod ordinare: & instituere hæredem est 275 per testamentum dare alicui suam hæreditatem nunquam alteri datam seu delatam, *Roland. de testam. rubr. 10. num. 18. 10. Bolog. Auth. ex causa. num. 3. C. liber. prater. Duaren. ad tit. n. h. sub rubr. de hared. instit. c. 1. Spannoch. ad l. Gallus. part. 11. num. 1. infr. lib. & posthum.*

Cæterum hæredes aut instituti dicuntur, aut substituti. Instituti, qui 276 primo gradu scripti erant: substituti, qui secundo gradu, vel tertio, vel sequentibus: illi primi hæredes, & primo loco vel gradu scripti: hi secundi hæredes appellabantur, vtpote secundo loco scripti: vt multis docet *Brisson. lib. 7. formul. vers. heredes autem. fol. 677.*

Prima autem institutio, aut est propria, quando quis instituitur in tota, vel in quota hæreditatis: aut impropria, quando institutio fit in legitima, quæ est quota bonorum, non hæreditatis, *l. Papin. 8. §. quartam. supr. inoff. testament. Mant. lib. 7. tit. 8. num. 5. And. Gail. obser. pract. lib. 2. obseruat. 120. num. 3. plures citat Graff. §. legitima. num. 2.* Quibus tamen addenda doctrina Decii *in l. hares instituta. n. 5. C. impub. & al. substitut. & Vincentii de Franchis. decis. Neapol. 127. num. 1.* aut est impropriissima, quum extraneus in re certa instituitur, alio extraneo hærede vniuersali instituto & adeunte hære-

ditatem:

ditatem: Nam alter remanet loco legatarii. *Omnes DD. ordinarie in l quoties. C. hæred. instit. Bened. in d. c. Raynut. verb. adiiciens vt Alterocha. num. 15. 16 17.*
277 *Sim. de Prat. lib 3. interpr. 1. dub. 1. solut. vnic. nu. 10.* Rursum institutio duplex: aut expressa videlicet, aut tacita est. Expressa institutio aut fit de vno, aut de pluribus. Porro quo pacto institutio vnius personæ accipienda sit, supra circa definitionem, super verbis (de eo) *num. 50.* dixi.

Versamur in diuisione institutionis hæredum.

Et dixi, quosdam necessario instituendos esse hæredes, puta, parentes & liberos.

Plures autem rationes produci possunt, cur liberi hodie necessario instituendi, aut iusta de causa exhæredandi sint: neque sufficiat illis suam portionem legari, aliove titulo relinqui.

Prima ratio hæc est: quod liberorum institutio cum iure diuino & naturæ congruat.

Iure diuino, naturali & gentium liberi repræsentant parentes, & sunt successores parentum, atq; in illorum locum & iura substituuntur, (*Num. 27. Roman. 8. vers. 7. Lucæ 16. vers. 21. Genes. 24. vers. 36. & cap. 25. vers. 5. & historia Iobi cap. vlt. can. quicunque. 17. q. 4.* De iure naturæ textus sunt, *l. scripto. 6 infr. vnde legitimi. l. cum ratio 8. infr. bon. damnat.*)

Verum ius ciuile non opinione, sed natura constitutum, ius diuinum & naturale imitatur.

Ergo quemadmodum ius diuinum atque naturale liberos parentibus surrogat atque substituit: Ita consentaneum est, artem naturæ imitatricem, seu ius ciuile eandem regulam in successionibus legitimis & testamentariis sequi.

Secunda ratio: Titulus institutionis est honorabilior quam legati.

Succedit enim institutus in ius defuncti & repræsentat defunctum: At legatarius non iuris, sed corporis est successor: non repræsentat defunctum, sed est pro extraneo.

Et qui liberos non instituit, sed illis dona tantum, aut legata dat, ille eos pro liberis concubinariis habet, vt diserte de Abrahamo *Genes 25. versic. 6.* dicitur: Quod filiis concubinarum suarum dederit dona: Isaaco autem filio ex matrefamilias seu primaria vxore suscepto, omnia sua reliquerit.

Non quod Patriarcha concubinarius fuerit, absit: sed concubinam intelligimus ibi, quam Romani scriptores simpliciter nominant vxorem, non vxorem primariam, non matremfamilias, quæ subarratione & solennibus cæremoniis ducta est. Ex eiusmodi coniuge suscepta proles non succedit patri: sed muneribus dotari potest.

Et scribunt ibi interpretes, idem gentium omnium more receptum & legibus sancitum fuisse, vt tantum cum matrefamilias seu vxore primaria subarratione & solennibus cæremoniis ducta omnium bonorum, aut, vt nostri loquuntur, humani iuris communicatio esset, vt hanc rem ibi explicant *Sebastianus Munsterus, & Ioannes Caluinus, & luculente Hotoman. de veteri ritu nuptiarum, cap. 19. 24. 25. & Brisson. de veteri ritu nuptiarum. fol. 211. cum seqq.*

Et huc pertinet etiam *tit. in feudis, de filiis natis ex matrimonio ad Marganaticam, vel lege Salica contracto.* Quem tit. *ibi post DD.* explicat *Cuiac. de feud. lib. 4. tit. 32.*

De lege Salica agit *Hotoman in Francogallia c. 8. & in lib. de verbis feudalib. in verb. Salica lege. Petr. Greg. in syntag. iur lib. 45. c. 4. & aliquid Bodin. lib. 1. de republ. c. 2. fol. 13.* Quis autem vocis sensus sit *in d. tit.* videndum *apud Cuiac. loco relato.*

Tertia ratio est: quod tit. Instit. sit vtilior, tum propter ius accrescendi, tum propter septem alias commoditates, de quibus agit *Philipp. Franc. c. 1. col. 9. de testamen. in 6. Benedict. d. c. Raynutius. verb. in eodem testamento relinquens. el 1. num. 56. Vasqu. de success. creat. lib. 2. §. 20. num. 235.*

Quarto: liberi sunt instituendi vel exhæredandi, vt euitetur contradictionis perplexitas.

Nam quum liberis bona parentum iure naturali quodammodo debeantur, hinc fit, vt dominium rerum paternarum continuetur in filium, ipse etiam viuente patre quodammodo dominus, & mortuo patre, suus sit.

Quare si alius institueretur: filius autem neque institueretur, neque exhæredaretur: contingeret duos vnius patrimonii in solidum dominos esse. Hanc explicant *DD. in Auth. ex causa. ibi Bologn. C. liber. præter.*

Quum ergo constet, filios instituendos esse: porro quæritur, qualis institutio liberorum sit, quæ in legitima fieri solet. 278

DD. aiunt impropriam eam esse

Vide supr. num. 50.

Ratione hac mouentur: quod legitima sit quota non hæreditatis, sed bonorum: Ergo succedens in legitima, non in quota hæreditaria, sed in quota bonorum succedit: eoque improprie hæres est.

Hæc sententia dura est, quod filii instit. in legitima, impropria institutio sit.

I. Is sensus, qui cum aperta ratione pugnat, & absurdus est, recipi non debet.

Sed assertio, quod liberi in legitima instituti, improprie hæredes instituti intelligantur, cum aperta ratione pugnat, & absurda est.

Ergo recipi non debet.

Minorem probo. Nam si liberi in legitima instituti, improprie instituti perhiberi possent: sequeretur, iura extraneorum institutionem in quota hæreditaria factam maiori fauore prosequi, quam institutionem liberorum.

At hoc est absurdissimum: quum nulla successio æque fauorabilis sit, vt liberorum est.

II. Cui competit definitio, eidem competit etiam definitum. Sed filio instituto in legitima competit definitio hæredis. Ergo eidem etiam & proprie quidem competit definitum.

Minorem probo: quia hæres est, qui in vniuersum ius defuncti succedit.

Succedit autem filius in ius, & perfecte defunctum repræsentat.

Primo enim non est corporis, sed quotæ successor.

Secundo succedit in iura actiua secundum omnes.

Tertio succedit & in iura passiua cum effectu: quia illa minuunt legitimam eoque attingunt successorem in legitima. Seynd der schulden viel/so ist die legitima desto geringer / muß also der Sohn / so in legitima instituirt, nicht weniger die onera tragen/als ein anderer/so schlechtlich in quota hæreditaria instituirt worden.

Hisce rationibus concludo, in legitima institutum non improprie, sed proprie institutum dici.

Sed quo pacto respondebimus ad obiectum: Quod legitima sit quota bonorum? 279

Dico distinguendum esse: Nam aliqui aiunt, indistincte, legitimam esse quotam bonorum, *per l. Papinianus. 8. §. quarta. supra inoff. testam.* Quæ est sententia magis communis & receptior. *Mant. lib. 7. tit. 8. num. 5. Andr. Gail. obser. pract. lib. 2. obser. 120 num. 3. & plures cumulat Graff. § legitima. q. 1. num. 2. & seqq.* vbi etiam vsus huius doctrinæ explicatur.

Aliqui contra tenent, legitimam esse quotam hæreditatis. Quia ad filium institutum in legitima, transeunt iura actiua, sed & onera atq; iura passiua, Er muß die Schulden mittragen/vnd zuvor abziehen lassen. Hanc communem dicit *Coras. in l. hæres instituta. num. 34. C. impub. & al. substit. & sequitur Vasqu. de success. creat. libr. 2. §. 20. num. 254. versic. teneo primam. idem de success. resol. libr. 3. ad l. si quando. § illud. num. 20. C. inoff. testam. vbi hanc veram & communem esse testatur. Tiber. Decian. cons. 6. num. 14. cum seqq. libr. 1. consil. 32. num. 3. 4. lib. 2.* Hinc exclusus à successione ab intestato, etiam exclusus intelligitur à legitima, *Mandell. consil. 23. num. 1.* æquiorem etiam hanc sententiam dicit, quæ ratione non destituatur, *Ioann. Schneidevv. § actionum. num. 9. Institut. de actionibus.*

Aliqui distinguunt, vt legitima sit quota bonorum, respectu scilicet creditorum. Nam creditores præferuntur liberis. Ergo liberis nulla rata, nulla quota, aut portio iure definiri potuit in bonis parentum, nisi oneribus deductis. Hactenus legitima est quota bonorum. a In aliis dicetur quota hæreditatis. Ita *Dec.* distinguit *in d. l. heres instituta. num. 5. vers. replicari potest. sequitur Vincent. de Franch. in decision. Neapolit. decis. 127. nu. 1. Bursat. cons. 8. num. 10. dicens communem. lib. 1.*

Hanc probabiliorem puto. De qua etiam aliquid infra requisito septimo institutionis *num. 338.* monebitur.

a Huic sententiæ adfinis est illa distinctio: quod legitima sit quota hæreditatis, quo ad actiones actiuas, & cætera commoda: Ideoq; instituto in legitima datur remedium *l. fin. C. edict. D. Hadr. toll.* non quo ad actiones passiuas & incommoda. *Iacob. Menoch. remed. 4. adipiscendæ possess. q. 21. num. 158. cum seq.* Quia etsi credita legitimam quoque in effectu attingant: quum eam vtpote quotam bonorum diminuant: tamen semel constitutam nulla sequuntur onera.

Quibus hoc nunc addendum, si testator vnum & eundem varie hæredem scripserit, illam institutionem tanquam potiorem accipiendam, 280

quæ

quæ plenior sit, *l. si ita scriptum.67. ibi Bart. & Delrio in remission. pag.85. infr. hæred. instit. Mant. de coniect. vlt. vol. lib.4. tit.3. num.33.*

Plures instituuntur aut sine partibus, aut partibus expressis. Intelliguntur autem plures instituti, etsi testator sic dixerit: Titium aut Seium hæredē instituo. Nam vterq; intelligitur hæres scriptus ex regula: Quod alternatiua inter honoratas personas posita, in copulatiuam resoluatur, *l. cum quidam.4. ibi DD. & Ias. num.2. & seqq.* qui octo modis limitat, *C. de verb. signif. Alciat. in l. coniunction. nu.29. infr. verb. signif. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib.4. tit.3. num.19.* Idemque calculo communiori DD. tradunt: si testes deponant, testatorem hæredem Titium, & postea Sempronium instituisse. Nam ambo hæredes instituti videntur. *Mant. loco præcit. nu.20.*

281 Porro pluribus hæredibus institutis, partium distributio interdum necessaria est, interdum non item. Necessaria est, quum quis plures hæredes sibi velit esse inæqualiter, non æquis portionibus. At si quis velit habere hæredes æquis partibus, nihil est opus partium distributione. Ergo sine partibus scripti æqualiter hæredes sunt, *Duaren. ad tit. n. h. rubr. de hæred. instit. c. quomodo hæred. instituendi sint. vers. quarto notandum. Mant. de coniect. vlt. vol. lib.4. tit.9. num.2. l. quoties.9. §. hæredes. infr. hæred. instit.*

282 Regulam autem *d. §. hæredes.* limita 1. quando plures ordine successiuo intelliguntur instituti, puta, si testator coniunctim instituit filium & nepotem ex eo. Nam talem institutionem ordine successiuo *b* intelligendam, communis DD. sententia est, quam post alios luculenter declarant *Vasqu. de success. creat. lib.2. §.20. num.119. cum seqq. Clar. §. testament. quæst.80. per tot. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib.4. tit.7. per tot. Dilect. de art. testandi tit.4. de hæred. instit. caut.6. Gomez. tom.1. cap.2. num.4. vers. quinto limita & intellige. Graff. §. institutio q.20. per tot.*

b In hac materia duæ q̄stiones sunt: prima, vtrum successio fiat ordine successiuo, an simul. Secunda, si ordine successiuo fiat, vtrū per vulgarem tantum substitutionem fiat, an etiam per fideicōmissariā. Vide DD. h. & adde Couarr. c. Raynutius. §.2. nu.5. Crauet. cōs.22. per tot. & adde quæ dixi in materia substitutionis vulgaris circa diuisionē in septimo exemplo vulgaris tacitæ.

Declara 2. Nam interdum aliqui sine partibus scripti in capita, aliqui in stirpes succedunt, *Rolandin. de testam rubr.11. num.18.19.20.* & late explicat *Mant. de coniect. vlt. volunt. lib.4. tit.9. Sim. de Prat. de int. vlt. volunt. lib.3. interpr.1. dub.5. solut.1. per tot. Dilect. de arte testandi caut.3. tit.4. Gomez. tom.1. c.2. num.4. vers. item principaliter quæro.* vbi multis modis declarat, *Diaz. reg.131. coniuncti. l. interdum.13. in princip. & l. liber homo.59. §. Titius. infr. hæred. instit. l. fin. in fin. C. eod.*

Partes autem fieri possunt, aut in corporibus, qua de re supra satis dictum est, aut in quota, *Roland. d. rubr.11. num.16.17.*

Si in quota factæ sunt, tum aut aliqui partibus expressis, aliqui sine partibus scripti sunt. Quod si in omnium personis partes sunt expressæ, porro subdistinguendum. Nā aut testator distribuendo assem non expleuit, aut expleuit, aut assem transcendit.

Et quid in omnibus hisce facti speciebus tenendum, patet ex *d. l. interdum.13. §. paterfamilias cum aliquot ll. seqq. ibi per DD. §. hæreditas. §. si plures. ibi DD. Instit. eod. & late tractat Duaren. d. rubr. quomodo hæredes instituendi sint. vers. quarto notandum. Brisson. lib.7. form. §. porro interdū hæredes ex asse. fol.665. cum aliquot seqq. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib.4. tit.9. Graff. §. institutio. quæst.21.*

283 Ita institutio interdum fit coniunctim *c* interdum disiunctim, *leg. triplici.140.*

c Cōiunctio est triplex, 1. verbis tantum, 2. re tantum, 3. re & verbis simul. Re coniuncti nominantur disiuncti. Et dicuntur illi re coniungi, quibus eadem hæreditas relinquitur, sed separatim ac diuersis orationibus, vt Titius hæres esto, Sempronius hæres esto. Potest autem & diuisio hic accedere, & maior distractio erit. Quidam sunt verbis cōiuncti tantum, non etiam re: quia licet ad candem rem vocentur coniunctim: tamen ea res à testatore in partes diuiditur. Vt Titius & Sempronius æquis partibus hæredes sunto. Quidam sunt re & verbis coniuncti, qui ad vnam & eandem rem coniunctim & eadem ratione vocantur, vt, Titius & Sempronius hæredes sunto.

plici.140. ibi Alciat. & Zas. d *infr. verb. signif. DD. omnes in l. re coniuncti. ibi Bolognet. num.169. infr. legat.3. DD. in § si eadem. Instit. de legat. omnium latissime & luculentissime Duar. in libris de iure accrescendi. & maxime lib.1. c.6. Brisson. lib.7. formul. vers. quandoque. & vers. plures autem fol.667. & seq.*

d Zasius scripsit tractatum, cui fecit tit. glossarum in leges aliquot, ille extat in *tomo* 5. *& ibi fo.223. exponit l. triplici.*

Deinde institutio aut est pura, aut conditionalis, § *hæres. ibi DD. Institut. hæred. instit. l.1. & toto tit. infr. condit. instit. ibi latissime Duaren. tot. tit. C. institut. & substit. sub condit. fac. l. sub conditione.* e *73. infr. hæred. instit. Benedict. in d.c. Raynut. verb. reliquit. per tot. & verb. cuidam Petro. num.1. Gomez tom.1. cap.2. num.12. usque ad fin.* 284

e De sensu *l. sub conditione*, videantur *Ceph cons.243. n 40. & Cuiac. cons.37.*

Porro institutio conditionalis ante euentum conditionis in pendenti est. Conditio enim futurus euentus est, in quem dispositio suspenditur. *Ita Bart. l.1. num.1. infr. condit. & demonst. Ang. in tr. de testam. glos.58. num.1. cum seqq. Duaren. infr. de condit. instit. sub rubr. quid sit conditio. & rubr. quid proprium sit conditionis. Mant. de coniect. ult. vol. lib. 10. tit.5. num.2.* dicens doctrinam Bartoli communiter esse receptam, *Sim. de Prat. de int. ult. vol. lib.3. interp.3. dub.3. sol.2. num.2. Grass. § institutio. q.26. n.1.* Ergo conditione deficiente, euanescit institutio. Et institutio siue legatum vel fideicommissum conditionale non trasmittitur ad hæredes, honorato decedente, dum adhuc conditio pendet, *Ias. in l. si pater. n.10. C. de instit. & substit. latissime Gabr. Rom. lib.4. recept. conclus. tit. de hæred. instit. conclus.2. And. Gail. obser. pract. lib.2. obs. 123. Gomez. tom.1. cap.2. num.14. ad fin.*

Hanc tamē sententiam, quod institutio conditionalis, pendente conditione, suspendat effectum, limita I. in liberis, qui sub potestate sunt. Nam licet testamentū patris iam antea nullum esset, in quo filius sub conditione casuali, vel mixta institueretur, nisi ille in defectū conditionis exhæredatus, & ei cohæres datus fuisset: quum alias, deficiente conditione, filio neque instituto, neque exhæredato, testamentum non secus quam si filius præteritus esset, concideret: *l. si pater. 4. ibi Bart. & cæteri C. institut. & substit. Guid. Pap. consil 93. num.2. Francis. Rip. respons.128. num.2. Franc. Mant. de coniect. ult. volunt. libr.3. tit.15. num.7. & 18. Duen. reg.368. filius non potest institut. Diaz reg.727. testamentum in quo filius. Delrio in remiss. pag.207.* hodie tamen institutio filii sub conditione casuali, vel mixta facta, viribus subsistit, *arg. leg. scimus.36. § quum autem. C. inoff. test.* Pro cuius inductione obseruandum, quod iure C. sufficiebat legitimam relinqui quocunque titulo legati etiam vel fideicommissi, neque necesse erat, vt in ea filius institueretur, *leg. omnimodo.30. C. inoff. testament. Vasqu. de success. creat. lib.1. § 10. num.192.* Porro *in d. § quum autem.* hæres institutus, est grauatus restituere hæreditatem filio, quum ipse (id est hæres) morietur. Quæ dispositio in se conditionem habet casualem, si scilicet filius hæredi grauato superuixerit, *l. hæres meus.78. in princip. infr condit. & demonstr.* Et tamen textus dixit, dispositionem non esse nullam, sed valere, conditionem autem reiici, quo ad legitimam. Quum ergo quod iam antea de fideicommisso legato, aut simili titulo dispositum erat, hodie ad institutionem surrogatam recte accommodetur: Sequitur ineuitabiliter: Vt quemadmodum *in d. § quum autem.* fideicommissum non est irritum, sed potius validum, ita tamen vt conditio casualis & onus de fideicommisso reiiciatur quo ad legitimam: Ita hodie institutionem quoq; filii sub conditione casuali aut mixta factam nullam non esse, sed de institutione conditionem reiici, quo ad legitimam: Et proinde *in d. § quum autem.* casum ad hoc esse, quod hodie *d. l. si pater.* correcta sit. Idemque etiam probat *l. omnimodo.30. C. inoff. testam.* 285

tunct.

iunct. l. quoniam in prioribus 32. C. eod. Nam *d. l. quoniam.* est relatiua, referens se ad *d. l. omnimodo.* Ergo quum *d. l. omnimodo.* in omnibus illis casibus testamentis prouideat: quando de liberis testantes mentionem fecerunt, & eis aliquid reliquerunt: & per consequens etiam casum nostrum, quando filius sub conditione casuali vel mixta institutus, & in defectum exhæredatus non est, comprehendat: *Vasqu. de success. creat. libr. 1. §. 10. numer. 173. vsque 180.* Sequitur, vt de eadem facti specie lex relatiua, puta *d. l. quoniam.* accipienda sit. *Vasqu. d. §. 10. num. 173.* Quo sic constituto, clara casus nostri decisio est. Nam *in d. l. quoniam.* aperte definitum est, onus dilationis conditionis, vel cuiuscunque grauaminis legitimæ adiectum, pro non adiecto haberi, & dispositionem non concidere, sed eatenus relictum valere tanquam purum.

286 Lex relatiua, & ea, ad quam fit relatio, de eadem materia accipiendæ sunt.

Item, lex ampliatiua cum regula eandem materiam complectitur. Omnis enim ampliatio est de genere regulæ.

Sed *d. l. quoniam.* est lex ampliatiua & relatiua: refertur enim ad *l. omnimodo.* & eam ampliat.

Ergo de eadem materia agunt.

Sed *d. l. omnimodo.* agit de casu nostro, id est, quando filius sub conditione casuali vel mixta institutus, nec in defectum præteritus est.

Ergo de eodem casu lex amplians & relatiua intelligitur.

Quod *d. l. omnimodo.* agat de casu nostro, probo:

I. Per locum ab exceptione ad regulam. Imp. dicit ibi, se omnimodo prouisurum testamentis: Et in fine excipit certos casus, inter quos hic noster non est. Ergo de nostro casu textus accipitur.

II. Imp. ibi in vers. Et hoc quidem, &c. explicat, in quibus casibus prouidere voluerit testamentis. Aperte enim dicit, se de omnibus casibus agere, in quibus 1. testatores fecerint mentionem liberorum: 2. & de eis aliquid reliquerint.

Sed talis est casus noster.

Ergo in hoc prouisum: Vt proinde succedat dispositio *d. l. quoniam.*

Hæc sententia, quod filio sub conditione casuali vel mixta instituto, nec in defectum conditionis præterito, testamentum valeat, duobus grauissimis fundamentis oppugnatur.

I. Fundamentum est textus expressus *d. l. si pater.* qui dixit, tale testamentum non consistere.

Respondent omnes DD. illum textum hodie esse per iura præcitata correctum, in quibus clare dispositum sit, onus conditionis tantum reiiciendum de legitima, neque propterea dispositionem concidere.

II. Fundamentum est *in d. l. omnimodo.*

Nam quum textus *in princ.* regulam statuisset, Imp. omnimodo testamentis prouidere voluisse: tandem in fine exceptionem addit de præteritione, quod in illo nihil innouare voluerit.

Sed noster casus est casus præteritionis.

Ergo illa lex ad casum nostrum non pertinet.

Respondeo ad hanc obiectionem verbis illius legis. Ita enim Imper. ibi loquitur: Et hoc quidem (vt scilicet dispositio valeat) de his personis statuimus. 1. Quorum mentionem testantes fecerint, 2. & aliquam eis quantitatem in hæreditate, vel legato, vel fideicommisso, (licet minorem portionem legitima) hæreditatis portionem reliquerint, &c. Hæc ille.

Vnde clarum est, ibi Imp. voluisse testamento consulere in omnibus casibus. 1. vbi mentio facta, 2. & aliquid relictum.

Sed talis est casus noster.

Porro hinc sequitur: quod ibi de præteritione traditur, de ea accipiendum, si nullam omnino mentionem testator liberorum fecerit: aut si fecerit, nullam tamen illis portionem reliquerit.

Ita

Ita enim clarissime Imp. ibi sententiam suam explicat.

Hodie præteritio est, si filius neque institutus, neque exhæredatus est.

Ergo licet aliquid acceperit in testamento, pro præterito est hodie.

At hoc modo non loquitur *d. l. omnimodo*. Nam qui aliquid accepit, pro præterito ibi non est: sed præteritus accipiendus in hac lege κατὰ τὸ ἀσυγκείμενον, vt dixi, idque ex textu clarissime patet.

Et licet contrariam sententiam omnes DD. vsque ad Bartolum tenuerint: ipse tamen postea, re melius expensa, hanc, quam modo retulimus, opinionem amplexus est, vt testatur *Ias. in d. l. scimus. §. cum autem. num. 3.* & latius *in d. l. si pater. num. 19.* vbi post Baldum scribit, hanc opinionem non Bartoli, sed originaliter Richardi de Malumbra fuisse, quæ testamentis faueat, & æquior, verior, atque magis communis sit, imo à toto mundo seruetur. Vt proinde receptissima illa iuris regula: quod videlicet de legitima omne onus, & omnis conditio reiici debeat, ad hunc quoque casum nostrum pertineat. Porro textum *d. l. quoniam in prioribus vltra DD. ibi* declarant *Guilh. Bened. in d. c. Raynut. verb. reliquit. num. 28. cum seqq. Gabr. Roman. lib. 6. rececept. conclus. tit. de legitima. conclus. 1. Grass. §. legitim. quæst. 38. cum trib. seqq. & §. testamentum. q. 37. Vasqu. amplissime qui 100. modis ampliat d. §. 10. 196. & nu. 406. vsque 514.* totidem modis limitat. 287

II. Declara, si quis hæres institutus sit in aliqua parte pure, in aliqua sub conditione, & velit adire ex pura institutione. Nam statim efficietur in tota hæreditate: quum non dubitetur, quin si quis ex parte dimidia hæres institutus sit, nec præterea quisquam alius, ipse ex asse hæres institutus videatur, *l. si quis ita scripserit.* f *33. ibi Bart. & DD. infr. hæred. instit. Gomez. tomo. 1. cap. 2. num. 12.* vbi duobus modis limitat. 288

f Casus illius legis talis est: Titius scriptus est hæres ex dimidia. Idem Titius ex altera dimidia scriptus est, si nauis ex Asia venerit. Dixit IC. quum ex pura instit. adierit, ex asse eum fieri hæredem. Additur ratio decidendi. Inanis ergo est illa conditio. Nam si existat, hæreditas pertinet ad institutum. Si non existat, iterum ad eum pertinet, virtute iuris accrescendi: quia nemo decedit testatus & intestatus. Ita Gomez. Hunc textum amplia, vt idem sit in *l. qui ex duab. 53. in princ. infr. acquir. hæred. Leon. in materia substitut. vulgaris. nu. 110.* Etsi DD. longe aliter intelligant, textum subauditionibus corrumpentes. vide *P. de Castr. & DD. ibi Guil. Bened. rep. c. Raynutius. verb. si absq; liberis moreretur el 2. nu. 36. extr. testam. Sfort. in tract. substit. in prælud. partic. 2. q. 3. vers. limitatur sexto, quando substitutio. Trent. in materia vulgar. substit. c. 1 num. 36.* Adde quæ dixi ad *l. 1. vulgar. & pupill. substit.* circa diuisionem vulgaris substit. ad illam regulam, quod vnus casus vulgaris trahatur ad alterum, *fallent. 5.*

Limita 3. Nam institutus sub conditione casuali vel mixta, oblata cautione fideiussoria de hæreditate plene restituenda, *l. inter omnes. 12. supr. qui satisd. cog.* iure prætorio, pendente conditione bonorum possessionem secundum tabulas agnoscere poterit: vt nudam & simplicem possessionem atque detentionem atque administrationem & curationem bonorum adipiscatur: ad quam iudicis decretum necessarium est. *Bart. in l. 2. §. si sub conditione.* g *per illum textum num. 2. infr. bonor. poss. secund. tab. Vasqu. de success. creat. libr. 1. §. 10. num. 230. luculente post DD. explicat Gomez. d. cap. 2. num. 13. 14. Menoch. remed. adipiscend. 4. quæst. 39. num. 305. cum seqq. Vigl. in princip. num. 6. Instit. vulgari substit. Menoch. in lib. 4. præsumptionum. tomo 1. præsumt. 17. num. 4. Trentacinq. de substit. part. 1. c. 2. num. 10. l. si quis instituatur. 23. infr. hæred. instit. l. si seruus. 10. infr. bonor. poss. secund. tab.*

g Textus loquitur in filio, sed idem in extraneo, id ibi Bartol. decidit. Infer hinc ad illam facti speciem, si ita institutionem fecero: Instituo Titium, si nauis ex Asia venerit: si nauis non venerit, instituo Caium. Quærunt DD. vtrum Caius sit institutus vel substitutus: si est institutus, tum vterque bonor. possess. petere potest: si substitutus, tum solus Titius bon. poss. recte petit: quum quandiu spes est ex prima institutione adiri hæreditatem substituto locus non sit, *l. quamdiu. infr. acquir. hæred.* Et quanquam communis DD. sententia habeat, vtrumq; substitutum intelligi: Verius est Caium substitutum esse, *per l. si te solum. 27. supr. tit. primo. Vide quæ dixi ad l. 1. q. 3. vers. octauum exemplum.*

Et quid iuris sit, si vnus pure, alter sub conditione institutus fuerit, declarant *DD. in l. extraneum. ibi Bald. num. 14. Cod. hæred. instit. Gomez. loco præcit. num. 15.*

Limi-

289 Limita 4. Nam licet extraneus sub qualibet conditione potestatiua scilicet casuali & mixta institui possit: & hoc procedat, siue conditio possibilis, siue impossibilis sit: quum fauore vltimarum Voluntatum, impossibilis conditio de institutione reiiciatur: §. *impossibilis. ibi Vigl. Hotoman. & cæteri Institut. hæred. instit.* Tamen in conditione impossibili res distinctionem recipit, vt per *DD. d. §. impossibilis. Duaren. infr. condit. instit. sub rubr. quæ conditiones noceant institutioni, quæ non noceant. Benedict. in d.c. Raynutius. verb. reliquit. num. 11. cum seqq. Vasq. de success. creat. lib. 1. § 10. num. 168. cum seqq. Grass. §. institutio. quæst. 25.*

290 Etsi autem institutio conditionalis valeat: ex certo tamen tempore, aut ad certum tempus institui hæres non potest, sed vitio temporis sublato, manet institutio, *§. hæres. Instit. hæred. instit. l. hæreditas 34. ibi Alphan. in reportat. nu. 770. Delrio in remiss. pag. 84. infr. hæred. instit. Paul. de Castr. cons. 241. n. 2. lib. 2. Cagnol. in l. actus. num. 23. infr. reg. iur.*

Tum quod fieri non possit, vt hæres semel effectus, susceptum nomen rursus exuat, *l. ei qui soluendo. 88. infr. hæred. instit.*

Tum quod actus, qui in bonorum portione diuisionem non recipit, ne quidem in temporis spacio eam admittat, *arg. l. miles. 42. §. & quia diximus. inf. milit. test.* Sed testamentum non recipit diuisionem, quo ad portionem bonorum: Quum ius nostrum non patiatur, vt quis partim testatus, partim intestatus decedat. Ergo ne quidem in temporis spacio eam admittit, *d. l. hæreditas. & d. §. hæres. Dyn. c. actus. num. 9. de reg. iur. in 6. Rolandin. de testam. part. 1. rubr. 11. nu. 13. Bened. d. verb. reliquit. num. 4. & seq.*

291 Declara hanc sententiam 1. Nam miles ex certo tempore, & vsque ad certum tempus hæredem facere potest, & si ita scripserit: Titius vsque ad annos decem hæres esto, nemine substituto, intestati causa post 10. annos locum habebit, *l. in fraudem. 16. §. miles & ad tempus. & d. l. miles ita 42. in princip. & §. 1. inf. testam. mil. l. certi iuris. 8. C. milit. testam. Bart. in d. l. hæreditas. ante num. Bald. in l. extraneum. num. 7. C. hæred. instit. Paul. Leon. in mat. compendi subst. num. 235. Benedict. d. verb. reliquit. num. 4.*

292 Declara 2. per *l. extraneum. 9. C. de hæred. instit.*

Proposita est nobis explicatio regulæ, *l. hæreditas. infr. hæred. instit.*

Hæc declaratur, *per l. extraneum. 9. C. eod. tit.*

Nam licet ex die certo te hæredem instituere non possim, quum dies reiiciatur: tamen ex die incerto, id fieri potest, puta, instituo te, vt hæres sis, cum Caius morietur.

Hic est receptus sensus *d. l. extraneum.*

Sed cur textus meminit de extraneo? Respon. Institutio sic facta continet diem incertam, & proinde conditionem casualem, si hæres tertio superuiuat. *d. leg. hæres meus. 78. in princip. infr. condit. & demonst.* At filius sub conditione casuali, aut mixta non instituitur: sed conditio reiicitur. Extraneus autem sub qualibet conditione recte scribitur hæres.

Porro varia est textus huius lectura: varius etiam sensus est.

Quædam exemplaria ita legunt: Extraneum, etiam, cum quis moreretur, hæredem scribi placuit. Vt sensus sit: Extraneum scribi posse, cum quis, id est, tertius moreretur. Quæ est, vt dixi, recepta lectura.

Quædam ita legunt: Extraneum etiam, cum is moreretur (id est, extraneus) hæredem scribi placuit: Instituo te, vt hæres sis, cum morieris.

Quædam ita habent: Extraneum, etiam, quum quis emorietur, sibi hæredem scribi placuit, Vt videlicet hæc lectura referatur ad testatorem, Extraneum institui posse, quum testator morietur.

Hinc patet, verba hæc: quum morietur, referri ad testatorem, ad hæredem, ad tertium.

Hæc lectura, quæ verba, cum morietur, refert ad testatorem, ab omnibus interpretibus reiicitur, tanquam indubia. Omnis enim institutio requirit mortem testatoris. Et de hoc nemo dubitat. Quæstiones autem iuris sunt de casibus dubitabilibus, id est, de iis, quæ habent probabilem dubitandi rationem. Ea autem, de quibus nemo dubitat, Iureconsultorum responsis non definiuntur, neq; ad Iureconsultum adferuntur.

Sed Duarenus *sub rubr. de hæred. instit. c. 2. vers. alia quæstio est.* saluat hanc lecturam, & intelligit textum de testatore morti vicino, extraneum & ignotum instituente.

Obseruandum autem, textum de extraneo ignoto non agere, sed simpliciter de extraneo. At quando appellatione extranei etiam penitus ignotum iura accipiunt, id diserte exprimere solent. *text. in l. extraneum. 11. C. eod.*

Viglius *in § hæres. num. 5. Instit. hæred. instit.* Duareni intellectum retinet, ita tamen, vt non loquatur de extraneo ignoto, sed simpliciter de extraneo.

Existimat autem, hunc sensum non omnino indubium esse: sed præ cæteris optime textui congruere. Si quis (inquit) sano corpore extraneum hæredem facit, id quidem tolerandum fuisse. At hic aliquid amplius definiri. Etiam tum, quum quis animam agit, (quod emori significet) non liberos tantum, sed etiam extraneos posse hæredes scribi.

Hunc sensum non admitto: quia de extraneo ignoto, an is institui posset, dubitatum video: de extraneo non etiam. Et iura indistincte testantur ægros, imo & semineces testari posse, nulla facta inter liberos & extraneos, aut dubitatione aut distinctione, *l. senium. 3. C. qui test. fac. poss. l. quoniam. 15. C. testam.*

Quum ergo iura non dubitent, nec nos quidem dubitare debemus.

Quare DD. communem sententiam recipio, qui hanc lecturam vtpote indubiam reiiciunt.

Altera lectura textum intelligit de hærede. Hanc repudiat *Vigl. loco præcit. num. 4.* & dicit, se non meminisse, quod tale institutionis exemplum in iure legerit.

Cæterum hanc lecturam communiter nostri tenent: & eam tuetur *Cuiac. in libr. 3. obseru. c. 34. & alibi.*

Discrepat tamen Dn. Cuiacius à DD. nostris. Nam quum certum sit diem hanc & exituram, & viuo hærede, exituram. Ideo non minus DD. hanc diem reiiciendam putant, ac si certa dies expressa fuisset.

At Cuiac. hanc diem tacitam ab expressa separat: & non reiiciendam putat. Nam etsi (inquit) ex die hæreditas dari nequeat, id est, expressa: tacite tamen in diem conferri potest, veluti cum capere poteris, quum adoleueris.

Sed hæc exempla, cum capere poteris, cum adoleueris, toto cœlo differunt ab his verbis, cum morieris.

Nam hæc dies, cum morieris 1. & certo exitura, 2. & viuo hærede exitura, quia viuus moritur.

At planè incertum, an hæc dies: cum capere poteris, cum adoleueris, sit exitura. Mori enim poterit hæres antequam capax fiat, aut antequam adolescat.

Quare communis sensus melior.

Et licet hæc lectura sit in se vera: dummodo in textu sit, futurum indicatiui, puta, cum emorietur, vel cum morietur: tamen recte Vigilius dixit, se in iure exemplum talis institutionis non legisse, quanquam de legatis talia extent, vt *in l. hæres meus. 78. infr. condit. & demonstr.*

Quare primam lecturam recipio, & omnium maxime textui congruere opinor. Neque refert, vtrum in textu sit futurum coniunctiui, vel indicatiui: puta, cum morietur, vel cum moreretur, quæ multum differunt, *gloss. l. 1. §. si emancipato. verb. conferre. infr. collat. bonor. l. si quis stipulatus. 12. infr. verb. obligat.*

Nam licet ex die certo hæreditas dari nequeat, puta, si instituo te, vt post 10. annos hæres sis, sed dies reiiciatur, & hæres pro pure instituto habeatur, & statim adire possit, *d. l. hæreditas.* quum alias, si dies non reiiceretur, sed postea viuo testatore, eueniret, testator pro parte anterioris temporis intestatus, & pro posteriori tempore testatus decessisse videretur.

Instituo te, vt hæres sis post 10. annos. Valet testamentum, & temporis adiectio reii-

reiicitur, ac si pure esset institutus, *l.hereditas. infr.hæred.instit.* Et tamen euenire potest, quod tu moriaris ante euentum illius diei: quia non est certum, diem venturum, te viuo,& tamen reiicitur. Quare non sic reiicitur, quando sic institutio facta est: Instituo te, si Titius morietur. Hæc ita mouet *Iaſ.in d.l.extraneum.num.4.*

Respondet 1. Quia inquit primo casu dies est omnino certa: an & quando, id est, 1. quod sit euentura, & 2. quando sit euentura. In secundo autem casu dies mortis est certa, an, sed non quando, id est, certum est, quod sit euentura, sed incertum, quando eueniet. Ergo hæc dies incerta habetur pro conditione. Quæ est communis, vt dicit *Alex. d. l. extraneum.num.2.l.dies incertus.74.infr.condit.& demonstr.* Vbi Papinianus dixit: Dies incertus in testamento conditionem facit. Et est ratio: Quia conditio esse dicitur, quæ se habet ad esse, & non esse. Ideo quæ confertur in præsens, vel præteritum, non est proprie conditio, *l.quum ad præsens.37.supra si cert.pet.* Potest ergo esse, quod eueniet, hærede viuo,& eo mortuo. Ideo cum faciat conditionem institutio remanet in suspenso, sed dies certa non potest censeri conditio.

Sed caue (inquit *Iaſ.nu.4.*) quia & tempus certum, puta, 10. annorum, habet incertitudinem, an eueniet, hærede instituto viuo, vel mortuo. Ideo, ait, aliam esse rationem subtiliorem, quare dies certa ex institutione reiiciatur. Quia si dies non reiiceretur, & postea eueniret, viuo hærede, testator pro tempore anteriori intestatus, pro tempore posteriori testatus decessisset. At hæc ratio cessat, quando adiicitur tempus incertum: quum illud habeatur pro conditione, & conditio in institutionibus trahatur retro, quandocunque eueniat, ad tempus mortis testatoris, & proinde est, ac si à principio pure & simpliciter esset hæres institutus. *l.quod dicitur.39.in princ. inf.milit.testam. l.si pupillus.26.infr.condit. instit.l.fin.§. Titius.infr.vulg. & pupill.* Ita *Iaſ.* Et hæc docte explicat *Gomez.tom.1.c.2.num.12.*

Idemque omnino ex recepta D D. sententia fit, *h* si institutio ex die vel tempore mortis hæredis ita fiat: quum morietur, vel quum morieris. Eam ob causam, quod hæc verba tractum habeant, & viuens mori incipiat, *l.1. § si emancipato.* i *ibi gloſſ.verb.conferre.infr.collat.bon.* Ideoque certum sit, diem, vel tempus extiturum in vita hæredis. Qui est vnus intellectus *d. l.extraneum.* quem ibi referunt *Cyn.num.2. Bart. Bald. Castrenſ.num.2. Alexand.Iaſ.num.3. & cæteri. Gomez.tom.1.cap.2.num.11.* Communem dicit *Graſſ. §. institutio.qu.24.num.4.* Aliud tamen est, si quis hæres instituatur ex die mortis alicuius tertii. Hæc enim certo quidē extitura est. Sed quia incertum est, an viuo hærede, extitura, id est, an hæres, mortuo illo tertio, victurus tunc sit, necne: Hinc eiusmodi dies non minus, ac illa, quæ omnino incerta est, (de qua videlicet dubitatur, an & quando extitura sit) pro conditione habetur, & institutionem suspendit, *l. dies incertus.74.infr. condit.& demonstr.*

h Id est, vt tempus reiiciatur. Hæc enim dies certa non habet vim conditionis, & nisi reiiceretur, decederet testator pro parte testatus, pro parte intestatus, etsi dissentiat Cuiac. putat enim diem non reiici. Aliud est in legatis: Nam dies non reiicitur: Quum ratio, quæ in testamentis militat, in legato cesset. *l.hæres meus.78. inf.cond.& demonstrat.* Hæres meus, cum morietur, Titius, centum ei (id est, Titio) dato. purum est legatum: quia non conditione, sed mora suspenditur. Non potest enim conditio non existere: Hæres meus cum morietur, centum Titio dato. Legatum sub conditione relictum est. Quanquam enim hæredem moriturum esse certum sit: Tamen incertum est, an legatario viuo, dies legati non cedat: & non est certum, legatum ad eum peruenturum. Adde Iasonem in *d l.extraneum.2. Benedict.d.verb.reliquit.num.5.*

i Inductio: Emancipati omnia conferunt, quæ eis acquiruntur in vita patris: aliud in quæsitis post mortem patris. Quæritur autem ibi de hac facti specie: si emancipato legatum fuerit, cum pater morietur. Dicit Vlpianus, etiam hoc conferre eum debere. Ratio decidendi: quia hæc verba, *cum morietur.* tractum habent. *l. si quis stipulatus.112. infr.verbor.obligat.* & sic exponi debent, *cum morietur*, id est, *mori incipiet.* Et sic momentum moriendi vitæ tribuitur, non morti: quum viuus moriatur. *Cuiac.lib.3.obſeru.cap.34.* Aliud si ita dictum fuisset, *cum moreretur.* Videatur *gl. d. §. si emancipato.verb.conferre.*

Neque hic testator partim testatus, partim intestatus est, quemadmodum in die certa accidit: sed omni tempore testatus vel intestatus est. Si enim purificetur conditio, implementum eius trahitur retro ad tempus mortis defuncti, & perinde est, ac si principio hæres pure esset institutus. *l. pupillus. 26. infra condit.instit. l.fin. §. Titius. ibi, sed si extiterit conditio. infr.vulg.& pupill.* Et hæc est recepta lectura & declaratio *d.l.extraneum.* ibi

X 2 Baldus

Baldus dixit, hunc esse verum intellectum illius legis, cum quo transit & Castrensis, sequitur Alexander ibi, dicens hanc lecturam meliorem cæteris, & Iason. *DD. in d.§. hæres. Gomez d.cap.2.num.11.Graff.d.quæst.24.nu.4:* etsi verba textus cum emorietur, *Duaren.* ad testatorem referat, *Duaren.hic sub tit.de hæred.instit.cap.quomodo hæredes instituendi sint.prope fin.versic.quinto addendum.* Quod & *Vigl.in d.§.hæres.num.5.* probat.

Et huc illa quoque forma pertinet, si incapax, puta, spurius instituatur in tempus, quo capere poterit, dies hæc omnino incerta an & quando extitura sit, conditionem facit, *l.in tempus.62.infr.hæred.instit.* Pro quo textu videndi *Rolandin. de testam. part.1. rubr.11.num.11. Clar.§.testament.q.31. n.7.Vasq.de success.progress.lib.1.§.3.n.32.Sim.de Præt.de interp.vlt.vol.lib.1.interpret.1.dub.4.solut.2.num.8. Dilect. de arte testandi. tit.1.caut.10.nu.3.tit.3.caut.18. nu.3.Duen.reg.366.filius spurius.fall.1.Gab.Palaotus de nothis cap.45.nu.2.Alphan. in report.num.288. Cuiac. lib.3.obseruat.cap.34. Delrio in remiss.pag.84.Graff.d.§. institutio.q.7.num.14.& d.q.24.num.7.* 293

Huc etiam casus insignis k *l.si mater.33.infr.vulg.& pupill.* spectat: si mater fauore filii & quo magis ei bona in tuto sint, filium impuberem, quum erit annorum *l* 14. hæredem instituat, eique si hæres non erit, alium substituat vulgariter. Nam hæc verba, cum adoleuerit, vel 14. annorum erit, conditionem faciunt. Et ad hunc textum videantur vltra *DD.ibi Gunean.& Delrio pag.86. Vasq.de success.creat.lib.1.§.10.n.413.cum seqq. Idem de success.progr. lib.2.§.14.num.9.cum mult.seqq. Leon.in materia pupillaris.num.108 Gabr.Rom. lib.6.recept.conclus.tit.de legitima.reg.1.limit.1. Gomez tom.1.cap.3.num.32.Cuiac. lib.3.obseruat.cap.34.Cuiac.ad African.fol.29.*

k Notabilis cautela. si mater velit bona filio cōseruare, ne illa veniant ad prodigum patrem, sed mortuo filio, ad suos agnatos.

l Hæc dies (quum erit annorum 14) est omnino incerta: quia incertum, an eousq; pupillus victurus sit. Ergo non reiicitur: quia facit conditionem. Sed an non reiicitur de institutionibus liberorum omne grauamen conditionis? Respondeo, reiicitur omne grauamen, quod filio esset onerosum. Aliud est in conditionibus, quæ filii fauore apponuntur, qualis hæc est. Ita intelligit textum Ias. relatus à Leonio.

Similis & insignis casus est in *l. filius matrem.25. C.inoff.testament.* vbi dicitur, de moribus mariti, si suspicetur, quod bona liberorum dissipaturus sit: posse eam liberos instituere sub conditione, si à patre emancipentur. Hæc conditio non reiicitur, cum liberorum fauore sit addita, & est vna de limitationibus ad *leg. quoniam in prioribus. C. de inoffic.testam.*

Cuiacius *d. c.34.* has institutiones: quum capere poteris, quum adoleueris, quum morieris, inter se confert: & putat eas differre ab ea, vbi tempus certum est expressum, vt nimirum tacita valeant, quæ expressa non tenent. Sed communis DD. sententia ipsi refragatur, quoad institutionem, in qua dies mortis personæ hæredis adiicitur, puta, si te instituo, quum morieris. Diem enim non minus reiici existimo, ac si tempus certum expressum foret.

Declara 3. Nam licet in hac facti specie, si te instituam, vsque ad certum tempus, & clare protestatus sim, quod nolim, vt post illud tempus hæres remaneas, *Bart.in d. l. hæreditas.num.5.* existimet nihil valere testatoris dispositionem propter repugnantiam: *Baldus* autem *ibi num.9.* cum quo *Castrens.& DD.* communiter pertranseunt, dicat, quemadmodum hæredi vniuersali non possit interdici iure accrescendi in re, *l.si ita quis.47. infr. hæred.instit. Clar.§.testament.q.74.nu.2.* Ita nec in tempore id prohiberi posse, *d.l. miles ita.42.§.& quia. infr.testam.milit.* cogitur tamen hæres scriptus post tempus præfixum venientibus ab intestato hæreditatem restituere, quorum fauore clausula illa prohibitiua adiecta est, *Gomez d.c.2.n.10. Graff. d.q.24.num.3. arg.l.peto.71.legat.2.* 294

Declara 4. in singulari illa quæstione, quæ sæpe in facti contingentia accidit: si testator instituat vxorem hæredem in vita sua tantum. In qua distinguendum est: Aut enim testator alium sibi hæredem post mortem non instituit: & tunc per mortem mulieris causa testati quidem 295

dem non finitur, sed virtute taciti fideicommissi possunt venientes ab intestato petere sibi bona restitui ab hæredibus mulieris. Ita in simili eleganter respondit *Castrens. consil. 241. per tot. lib. 2. Paris. consil. 69. num. 8. 9. 10. lib. 2.*

Si autem post mortem eius alium, vel alios instituit, secunda institutio trahitur ad fideicommissariam. Ergo si substitutus ante vxorem grauatam moriatur, fideicommissum euanescit: & proinde hæreditas ad mulieris hæredes pertinebit. Ita luculente respondit *Cephal. cons. 472. per tot. Addatur Fran. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 8. tit. 1. nu. 31. Graff. d. q. 24. num. 8.*

Atq; huc referri posse videtur is casus, quando maritus vxorem Dominam & vsufructuariam relinquit: Nam eam instituere videtur, alio hærede non scripto, *l. his verbis. 48. in princ. ibi Bald. & Ioan. de Imol. infr. hæred. instit.* vt sit hæres pro tempore vitæ. *Ias. d. l. extraneum. nu. 6. vers. secundo limita.*

Sed communis sententia est in contrarium, *Gabr. Roman. lib. 5. recept. conclus. tit. de vsufr. reg. 3. n. 18. vers. septimo amplia.* quum dominii vox ea in mentione præeminentiam in domo solum importet, *Bart. in l. Titia. § fin. num. 3. infr. legat. 2. Ias. d. l. extraneum. loco præcit.*

Porro de vxore Domina & vsufructuaria DD. vberrime disserunt *in d. l. extraneum. ibi Bald. num. 12.* dicens hanc valde vtilem quæstionem, *Alex. num. 8. vsq. ad fin. Ias. nu. 5. vsq. ad fin.* qui luculentissime disputat. *Ang. in tract. de testam. gloss. 44. num. 1. & seqq. Paris. d. cons. 69. num. 11. lib. 2. Cephal. d. cons. 472. nu. 53. & 57. Gab. Rom. lib. 5. recept. conclus. tit. de vsufr. reg. 2. & reg. 3. Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib. 3. interpr. 1. dub. 2. solut. 1. num. 7. cum seqq. Dilect. de arte testandi tit. 4. caut. 4. Bened. d. verb. reliquit. num. 7. Brunorus à Sole qu. 48. per tot.*

296 Estq; ad præcedentem tertiam & hanc quartam illationem ratio decidendi aperta. Nam licet semel hæres factus, nunquam hæres esse desinat, directo scilicet, & quo ad iura directa: Tamen aliud est, quo ad iura vtilia & per fideicommissum: & non tantum expresse, sed & tacite fideicommissum inducitur: Quod in omnibus substitutionibus solenne est.

Atque hinc ad plures alias facti species DD. inferunt, puta, si quis instituat vxorem, donec vixerit, & post mortem eius Hospitale. Nam Hospitale capiet hæreditatem per fideicommissum, die adueniente, *DD. in d. l. extraneum. ibi Bald. num. 11. Paris. d. consil. 69. num. 4. & 5.* dicit communem esse.

Hinc etiam inferunt ad facti speciem, si testator Seium instituat vsque ad Pascha, & Sempronium post Pascha, nunquid, adueniente Paschate, Seius desinat, & Sempronius incipiat esse hæres. Nam quum semel hæres factus, directo hæres esse nunquam desinat: & proinde secunda institutio iure directo post semel aditam hæreditatem valere nequeat, nisi testator sit miles: ideo Seius intelligitur grauatus de restituenda hæreditate Sempronio post Pascha per fideicommissum, & verbum directum obliquatur, atq; institutio trahitur ad fideicommissum, vt voluntas testatoris conseruetur, *l. Scæuola. 76. infr. ad SC. Trebell.* Ita sensit *Bald. dict. l. extraneum. num. 10. & Castr. in d. l. certi iuris. num. 5.* Quam communem *Paris. d. consil. 69. num. 2. lib. 2.* & æquiorem dicit *Alex. d. l. extraneum. num. 6.* licet ipse opinionem Bartoli sequatur, existimantis omne tempus in persona vtriusque de medio subducendum.

Bartolus in d. l. hæreditas. num. 4. infr. hæred. instit. quem *Alex. in d. l. extraneum. nu. 4.* prolixe defendit: opinatus est diem certum hic de medio tolli, & vtramque institutionem puram manere. Verum ille communiter ab interpretibus reprehenditur, & id merito

fieri Castrensis *in d. l. certi iuris. num. 5.* scripsit: quum multum errarit, & eius dictum falsum sit, & contra mentem testatoris, vt liqueat *ex l. verbis ciuilibus. 7. infr. vulg. & pupill.* vbi casus sit contra Bartolum. Ibi dicitur: verbis ciuilibus substitutionem post 14. ætatis frustra fieri. Et qui non admittitur vt substitutus, eum etiam vt cohæredem non admitti. Aliis autem, vt *Guilh. de Cun.* visum est accurate & ad vnguem testatoris dispositionem seruari: & proinde hæreditatem inter duos institutos tempore diuidi posse: quum hic ratio, ob quam dies reiicitur, puta, ne testator pro parte testatus, & pro parte intestatus sit, cesset. Cuius sententiam recte *Bald. in d. l. extraneum.* refellit. Nam licet (inquit) hæc ratio cesset: tamen alia obstat, quo minus testatoris dispositio ad vnguem seruari nequeat. Nam semel adita hæreditate, extraneo directo substitui non potest: quum (vt sæpe dictum est,) semel factus hæres, nunquam hæres directo esse desinat, sed bene vtiliter atque per fideicommissum.

Declara 5. Nam statutum facere potest, vt quis hæres sit ex tempore, vt in filia statuto exclusa, quamdiu masculus viuit, *Dilect. de arte testandi tit. 3. caut. 5.*

Porro ad institutionem hæredis requiritur I. vt is, qui hæres scri- 297 ptus est, capax sit. Et quidem omnes capaces sunt, qui non prohibentur, *Rolandin. de testament. part. 1. rubr. 21. num. 21. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. libr 3. interpret. 1. dub. 4. solut. 2. num. 2.* Et vtrum incapacium institutio in totum vicietur, an non, exponit *Vasqu. de success. progress. libr. 1. §. 2. num. 1. & 2.*

Vasquius loco præcitato recitat catalogum personarum, quæ hæredes institui non possunt, illum ordinem sequar, quædam necessaria additurus ad illius dicta.

Primo deportati institui nequeunt. Qui enim deportati sunt, si hæ- 298 redes scribantur, tanquam peregrini, id est, qui ciues esse desierunt, capere non possunt: sed hæreditas in ea causa est, in qua esset, si scripti non fuissent hæredes, *Vasq. loco præcit. num. 4. l. 1. ibi DD. & Ias. num. 1.* qui quinque modis limitat, *C. hæred. instit. Idem Vasq. de success. resolut. lib. 1. §. 4. nu. 9. Duaren. ad tit. n. h. sub rubr. de hæred. instit. cap. 2. versic. quæstio etiam est de peregrino. Rolandin. de testam. part. 1. rubr. 2. num. 4. Dilect. de arte testandi tit. 1 caut. 10. num. 3. Diaz. reg. 187. deportatus. Bodin. de republ. lib. 1. cap. 6. fol. 62. Delrio in remissionib. pag. 206. Graff. §. institutio. q. 2. per tot.* Idemque de Imperii bannitis iudicandum: quum illi hodie pro deportatis sint, vt supra dixi. Ergo testamentum in quo bannitus instituitur heres, non valet: etsi statutum dicat testamentum coram duobus testibus valere, *Bald. de statut. verb. testari. num. 1.* In bannitis autem ciuitatum distinguendum, m *Rolandin. de testam. part. 1. rubr. 21. num. 18. Dilect. de arte testandi tit. 1. caut. 10. n. 3. Graff. §. institutio. qu. 3.* Et huc etiam pertinent, quæ idem *Vasq. loco præcit. num. 16.* de proscriptis, *& num. 17.* de aqua & igni interdictis disserit. Adde his damnatos in metallum, *Rolandin. d. rubr. 21. nu. 5. Graff d. §. institutio. quæst. 6. l. si in metallum. 3. infr. his quæ pro non script. hab.* Quibus *Roland. loco præcit. nu. 17.* addit damnatum ad perpetuum carcerem, *arg. l. si in metallum. infr. his quæ pro non script. hab.* Qua tamen de re videnda sunt, quæ supra requisito 1. illatione 15. dixi.

m Illi perdunt iura suæ ciuitatis, non communia. Hinc ex testamento facto secundum statuta ciuitatis, aut ex peculiari priuilegio ciuitatis, non capiunt.

Secundo, peregrini, id est, qui ciues non sunt, institui non possunt, 299 *Vasquius loco relato. num. 6. & sequentib. dict. lib. 1. Duaren. loco præcitat. Bodin. d. cap. 6. fol. 62.*

Duarenus & Bodinus habent Grammaticam expositionem termini illius, quid sit esse peregrinum. Accursius id non recte intellexit. Peregrinus ciui opponitur. Testamenti factio est iuris ciuilis. Ergo ad non ciues non pertinet. Hinc ergo sequitur: eos, qui hodie ciues Romani non sunt, institui non posse.

Tertio

Tertio, damnatus ad mortem naturalem, *Vasqu. loco relato. num. 11. l. quidam sunt. 17. infra pœnis. leg. si quis mihi bona. 25. §. si quis plane. infra acquiren. hered. Rolandin. de testament. part. 1. rubr. 21. num. 14. Graff. d. §. institutio. qu. 5.*

Quarto ex testamento non capit, mortem sibi consciscens, *Vasqu. ibi num. 15. arg. l. 3. §. vt autem. infr. bon. eorum.* Quintum & sextũ casum Vasquii in primo sum complexus.

Septimo damnatus ob carmen famosum, *Vasq. ibi num. 18. gl. fin. in l. is cui lege. 18. §. fin. h. tit.*

Octauo damnatus crimine læsæ maiestatis, *Vasq. ibi num. 19. l. quisquis. 5. in princ. C. ad l. Iul. Maiest. l. quidam. 17. infr. pœnis.*

Nono Hæretici, *Vasqu. ibi num. 20. 21.* adde Anabaptistas, apostatas, *Rolandin. de testamen. part. 1. rubr. 21. num. 6. 7. 8. Aluarez. in speculo Pontificum cap. 69. num. 15.*

300 Decimo Collegium hæres institui non potest, *Vasq. ibi num. 22.* quod de Collegio illicito accipe. Ita loquitur *l. Collegium. 8. C. hered. instit.* Quia collegia legibus Romanis interdicta sunt, & omnes huiusmodi cœtus suspecti fuerunt veteribus propter coniurationem in rempubl. Quare illiciti habiti sunt, nisi à principe propter religionem aut vsum reipub. probentur, vt collegia artificum, *l. 1. in princ. supr. quod cuiusq. vniuers. nom. l. 1. 2. 3. infr. de colleg. Rolandin. d. rubr. 21. num. 9. Alciat. in l. Nerat. Prisc. nu. 3. infr. verb. signif. Duaren. ad tit. n. h. sub. rubr. de hered. instit. cap. 2. vers. alia quæstio est de collegio. latissime Bodin. de republ. lib. 3. cap. 7.*

Porro Neratius Priscus tres facere existimat collegium, quod Marcellus probat *d. l. Nerat. 84.*

Caput illud Bodini cognitione est dignissimum, vbi ille multa bona & vtilia disputat. 1. Disserit de collegiorum, corporum vniuersitatis & reipublicæ differentiis. 2. Definitionem proponit. 3. Diuisionem. 4. Agit de beneficiis. 5. De potestate collegiorum. Contendit enim collegia posse statuta condere: collegas vocare, collegarum causas iudicare & mulctare. Vbi etiam duas regulas exponit: Quod maior videlicet pars concludat. Quodque ab omnibus probandum sit, quod omnes tangit. 6. Recensitis multorum exemplis, disputat, quo pacto collegia, vniuersitates, & ciuitates puniri debeant. 7. Vltimo quæstionem explicat, an collegiis & corporibus respublica vacare queat: Vbi de commodis maximis & incommodis collegiorum disserit. Agit ibi etiam de sodalitiis religionum diuersarum, & quando hæreses tolerandæ, quomodo item principi sanandæ sint.

Et quum semel in hanc materiam inciderimus, ego omittere non possum, quin paucis verbis proponam elegantissimam facti speciem collegialem, quam primo anno, quum Brunsuigum venissem, inter duo collegia ex *l. Neratius Priscus. infr. verb. signif.* decidi.

Brunsuigi inter duo Collegia opificum, quos à crumenis & peris nominamus, die Beutler vnd Taschner / controuersiam grauissimam inueni, quæ iam conclusa esset, eam recitabo, vt omnibus constet, nihil in iure minutum habendum, vel negligendum: omnia ex æquo principia iuris diligenter cognoscenda, quod omnia maximum in vita communi vsum habeant.

Illi, qui crumenas faciebant, erant Actores, & contendebant, magistros sui collegii tantum facere crumenas seris conclusas: perarios autem facere debere peras sine seris. Et in hoc consistere substantialem differentiam, inter suum & aduersariorum collegium. Reos autem, quibus ius peras obseratas faciendi haudquaquam esset, talia facere: & discrimen substantiale inter duo collegia tollere: confusionem inducere: ita fieri, vt ipsi actores ab omnibus aliis collegiis excluderentur. Cui porro consectarium foret, quod res omnis illis tandem ad restim reditura esset, nisi huic incommodo prouideretur.

Id est, Hæc illorum intentio fuit: Die Beutler klagten / daß ihrem Handtwerck allein gebührte / ihre Arbeit auff Ring / Schlösser / vnd Eisenwerck zu machen / dessen sich aber die Taschner ein zeit lang auch angemasset / die doch allein vnverschloßte Taschen / vnd ohn Eisenwerck machen solten / vnd daß in deme der substantial Vnderscheidt zwischen ihrem vnd der Taschner Handtwerck bestünde.

Et vt Actores intentionem suam tanto melius probarent, super iure collegii, testes multis in locis examinari curauerant, puta, Vratislauiæ, Noribergæ, Dresdæ, Berlini, Numburgi, Halæ Saxonum, & hic Lipsiæ. Quibus testibus illi sufficientissime probauerant, sc, id est, opifices Brunsuicenses in Boiemia, Polonia, Vngaria, in Silesia, Austria, Carinthia, Stiria, Marchionatu Brandenburgico, Heluetia, Sueuia, Boiaria, Misnia, & in tota superiore Germania, pro collegis haberi, tractari, honorari, & quod cum opificibus in præfatis regnis & territoriis vnum aliquod vniuersale collegium & vniformia iura haberent. Daß sie nemlich mit obbemelten Königreichen vnnd Landen / ein allgemein vniuersal collegium vnd einerley Handtwercks Gebrauch vnd Gerechtigkeit hetten / vnd daß sie an bemelten Orten vor Gildebrüder / id est, pro collegis, auffgenommen / geehrt vnd gefördert würden.

I.

II. Probauerant sufficienter, quod collegia & opificia eorum, qui crumenas, & eorum, qui peras faciunt, vltra omnium hominum memoriam distincta collegia & opificia fuissent, & adhuc distincta essent.

III. Probauerant sufficienter, quod inter cætera substantialis differentia inter duo præfata collegia in hoc quoq; principaliter consisteret, quod illi, qui crumenas faciunt, seris vterentur, Aduersarii non item. Id est, Sie hatten außgeführt / daß vnder andern der substantial vnderscheid zwischen Beutlern vnd Taschnern darinnen stünde / daß die Beutler ihre Arbeit auff Ring / Schloß vnd Eisenwerck fasseten / die Taschner aber machen allein vnverschloßte Arbeit / als Bawrentaschen.

Hæc erat Actorum probatio.

Rei contra testibus idoneis pro intentione Actorum elidenda, probauerant, opifices sui collegii per 10. 20. 30. 40. 50. annos in ciuitate Brunsuicensi seras conclusas in suis peris fecisse. Id est, Sie hatten außgeführt / daß sie binnen der Statt Braunschweig von 5. biß ins 10. 20. 30. 40. 50. jahr verschloßte Arbeit gemacht / vnd offentlich feil gehabt vnd verkaufft hetten.

Ideoque videbatur Actorum ius vniuersale per præscriptionem specialem in ciuitate Brunsuicensi elisum esse.

Ego, cum illa causa mihi referenda esset, pro Actoribus sententiam concepi, hisce rationibus permotus.

Primum quæstio erat de iuribus collegii, nō de iure priuati alicuius hominis. Quare diligentissime examinaui Reorum acta, vt mihi inde constaret, collegialis ne Reorum præscriptio fuisset, an non. Nequaquam enim mihi attendendum videbatur, quid vnus, aut alter fecissent.

Neratius autem Priscus scripsit, tres collegium facere. *l. Neratius. inf. verb. signif.*

Et quanquam collegium, & iura antiqua collegialia ab vno aliquo retineri possunt: Tamen quum hic ageretur de acquisitione iuris noui, quod non vni vel alteri priuato, sed toti collegio acquisitum prætendebatur, existimaui pro substantia talis præscriptionis ad minimum collegiale principium adesse oportere, quo ipsa præscriptio ceu fundamento quodam niteretur.

Atqui à Reis nusquam vel articulatum vel probatum fuerat, quod totum eorum collegium aut maior pars eiusdem, aut ad minimum tot personæ, quot ad collegium necessario desiderantur, puta, tres, aut duo, vno & eodem tempore peras obseratas fecissent. Et quod ex tali initio collegiali cucurrisset & completa fuisset præscriptio.

Quare quum mihi ex actis de principio collegialis præscriptionis non constaret, putaui illam præscriptionem, quam Rei adducebant, pro collegiali præscriptione non esse habendam: Et ex actibus illis, quos vnus & alter successiuis temporibus fecissent, toti collegio ius collegiale quæsitum non esse.

Et hoc fundamentum mihi omnium maximum in hac causa videbatur: ad quod tamen neque Actorum, neque Reorum Aduocatus animum aduerterat.

Habui tamen & alia fundamenta. Nam animo mecum reputaui, omnes respublicas per iustitiam consistere & conseruari. Iustitiæ autem vnam speciem esse, quæ distributiua

butiua appelletur, & officiorum atque personarum distinctionem in vita communi ordinet, tueatur, & conseruet.

Existimaui ergo id maxime ad officium magistratus pertinere, vt prouideat, quo omnibus opificiis suæ functiones constent, ne vna pars generis humani euertatur.

Confusio autem illa, quæ vnius aut plurimum collegiorum licitorum, quibus respublicæ carere non possunt, substantialem differentiam tollit, (da ein handwerck dem andern in das seine greifft) vere iustitiam distributiuam euertit, & vnam humani generis partem euertit, quam iura haudquaquam tolerant.

Hac enim ratione factum est, vt sacerdos ea, quæ ordinis Episcopalis sunt, præscribere nequeat, *Abb.c.quanto.num.2.de consuetud.Ruin.cons.154.nu.12.13.lib.4.Crauet.de antiq. temp. 4.part.§.materia ista.*

Pro hac sententia quoque faciunt, quod quæstio foret de præscriptione collegiali: & contra aliud collegium particulare Brunsuicense, quod esset pars collegii vniuersalis der Beutler in abangezogenen Königreichen vnd Landen. At in his, quæ sub vniuersitate eiusdem iuris continentur, per possessionem vnius, possessionem alterius retinemus. eleganter *Elbert. Leon.cons.50.num.1.§.præter prædicta.*

Relatam sententiam probauit meus collega, & totus Senatus: sed ego ipse author & suasor fui concordiæ inter illos opifices ineundæ, & res quidem processit feliciter. *n* Est autem ita causa transacta, vt illi, qui tunc viuerent, peratii, quorum quinque tantum essent, pro tempore vitæ suæ operas facerent, vt eo vsque fecissent. Post mortem autem eorum, Senatum nil tale toleraturum in sua republica. Transactionem illam probauit vniuersale collegium eorum, qui crumenas faciunt, in solenni conuentu Naumburgensi. Et ita ciues Brunsuicenses, qui eousque de collegio exclusi fuerant, sunt recepti.

Vnde apparet illius causæ decisionem præcipue ex vulgari textu *d.l. Neratius.* petitam esse.

Retinendo ius, & quasi possessionem collegii vniuersalis, excludere potuerunt peratios, ne tales operas facerent: Cum collegium ius suum habeat priuatiue, ad exclusionem peratiorum, non accumulatiue.

n Etsi me non fugit, transactiones nō nisi re dubia fieri, non vbi merita partiū nudata sunt: Tamen in maximis & grauissimis caussis, & inter illustres personas atque principes, similia facta noui. Et quidem compromissis interdum hæc clausula maxime in grauissimis causis inseri solet, vt attestationibus publicatis, & negotio ad consilia sapientum transmisso, ante sententiæ publicationem transactio tentetur. Quinimo & sententiis iam publicatis, inter illustres personas & nobiles respublicas transactiones factas memini.

301 Vndecimo incerta persona hæres institui non potest, *Vasq. loco præcit. num.24.Vlpian.in Instit.tit.qui hered.instit.poss.Brisson.lib.7.form.vers.recte quidem hæres ita nuncupatur.fol.663.§.incertis. Instit. legatis.* Rationem decidendi *Vlpian.loco præcit.* hanc exponit, quod certum esse debeat consilium testantis. Quum enim nihil æque in testamentis requiratur ac mentis integritas: Dementis autem testamentum non valeat, & species amentiæ videatur, bona magno labore quæsita, incertæ personæ relinquere: Hinc ergo constitutum esse, vt incertæ personæ neque legata, neque fideicommissa relinqui possent. Estq; ratio eadem institutionis, *Duaren. loco præcit. vers. cœpimus ostendere. Hotom.§.legari.per ill.text Instit.legatis.* Ostendit autem Iustinianus *in d.§.incertis & sequ.* ius hoc antiquum certo emendatum esse: sed constitutio, cuius ille meminit, in Codice ipsius hodie non extat, vt omnes maximo cōnsensu testati sunt. * Hoc enim solum repetitur: Id, quod pauperibus aut captiuis testamento, vel codicillis, vel alio modo relinquitur, non vt incertis personis relictum euanescere, sed omnibus modis ratum firmumque consistere, *l. id quod pauperibus.24.ibi Cyn. Bald. Alphan.in reportat.num.501. & Delrio in remiss.pag.173. l.nulli.28. l.si quis ad declinandam.37. vbi DD. & Delrio in remission.pag.173. C.episc.& cler. Rolandin. de testament.part.1.rubr.21. num.12.& 21.Philip.Franc. cap.si pater.col.32.versic. in gloss.in verb.pauperes.de testament.in 6. Tiraq. de iure primigen. quæst.17.nu.16. & ibi opin.6.num.18. Idem de nobilit. cap.20. num.154.cum mult.seqq. Cornel. Benincas. de priuil. paup. quæst.8.in 3 speciali vlt. vol. per tot.& nu.29. & q.5.nu.35. Grass.§.institutio. q.12.num.3.* Quibus ergo casibus hodie incertis personis relinqui possit, petatur ex traditis per *Cyn.Bald.& reliquos. d.l. id quod paup.*

* Duaren. Hotom. Mynsing. & alii.

Bart.

Bart. l. quidam relegatus. num. 1. & seq. infr. reb. dub. DD. in d. §. incertis. † *Graff. §. institutio. q. 12.* Et dixi aliquid supra ad regulam : Illa institutio &c. *fall. 2.* & plura addentur infra requisito seq. institutionis hæredis.

Duodecimo posthumus, o *Vasq. ibi nu. 28. §. posthum. Instit. legatis.* Quod emendatum esse Iustinianus testatur.

XIII. XIV. XV. XVI. XVII. Multos peculiares casus liberorum 372
illegitimorum *Vasq. ibi num. 29.* frustra enumerat.

Quam materiam ibi etiam *num. 55. & seqq.* prosequitur. Obseruandum autem filium naturalem ex appellatione parentis eo modo, vt iura volunt, probata, legitimum & successorem effici, *Auth. si quis. ibi Salicet. C. de natur. liber. Castr. consil. 429. num. 1. & 2. lib. 2. Ruin. consil. 211. nu. 10. lib. 1. cons. 70. nu. 6. lib. 3. Cephal. consil. 435. per tot. cons. 593. num. 17. Rolan. à Vall. cons. 79. nu. 49. lib. 2. Duen. reg. 348 filius naturalis efficitur legitimus. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 3. nu. 29. & 30. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 3. interpr. 1. dub. 4. solut. 2. nu. 5.* Vt proinde indubitatum sit, naturalem institui posse, p *Auth. licet patri. C. natur. liber.* vbi res distinctione explicatur. Sed aliud est in spuriis, q qui ex damnato coitu nati sunt. Tales enim institui non possunt: quum paternorum bonorum plane sint incapaces, *Auth. ex complexu. C. incest. nupt. d. Auth. licet. in fin.*

Et hi quidem textus multis modis ampliantur, & pluribus modis restringuntur, inuentis scilicet mediis, quibus consuli spurio possit. De quibus videantur vltra DD. in sedibus ordinariis, *Roland. à Vall. consil. 54. nu. 71. lib. 2. consil. 95. num. 20. lib. 3. Cephal. consil. 408. num. 79. Francisc. Rip. l. Luc. num. 6. infr. vulg. & pupill. Couarr. de spons. 2. part. cap. 8. §. 6. nu. 8. Cont. lib. 2. lect. cap. 11. num. 5. latissime Duenn. reg. 366. filius spurius de iure ciuil. cum reg. seq. Gabr. Rom. lib. 3. recept. conclus. tit. de hæred. instit. conclus. 3. per tot. & lib. 6. tit. de alimentis. conclus. 1. Ioan. Ant. Rub. de inoffic. testament. cap. 2. nu. 18. Mynsi. obs. 35. cent. 1. obser. 91. cent. 3. Andr. Gail obser. pract. lib. 2. obs. 88. & obseruat. 115. Alphan. in report. nu. [illegible]. & num. 957. Rolandin. de testament. part. 1. rubr. 11. num. 10. 11. 12. & rubr. 10. per tot. Dilect. de arte testandi tit. 1. caut. 10. num. 3. & tit. 3. caut. 18.* vbi quindecim cautelas pro spurio proponit: Quæ tamen eiusmodi sunt, vt magna ex parte ab interpretibus reprobentur, *Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 3. interpret. 1. dub. 4. solut. 2. num. 5. cum seqq. vsque ad fin.* qui septem cautelas tractat, *Iul. Clar. §. testament. q. 31. & 32. Gabr. Palæot. qui elegantissime & latissime de tota hac materia disseruit in tract. de nothis. cap. 35. vsq. ad cap. 50. Ioann. Garsia. in tract. de expensis. cap. 3. nu. 20. 21. Graff. §. institutio. q. 7. 8. 9.*

XVIII. Institui non potest mulier, quæ nubit infra annum luctus, 373
Vasq. ibi num. 29. l. 1. C. secund. nupt. Rolan. de testam. part. 1. rubr. 21. num 9. Verum hæc sententia hodie iure Canonico correcta est ex communi DD. traditione, *Ruin. consil. 53. num. 21. lib. 2.* Quam late prosequitur *Gabr. Roman. lib. 3. recept. sentent. tit. secund. nupt. conclus. 5.*

XIX. Casum refert *Vasqu. loco præcit. num. 29.* de ea, quæ infra annum luctus ex alio, quam ex marito parit, *Auth. eisdem. ibi DD. C. secund. nupt.* De quo idem iudicandum, quod de priori ex iis, quæ notat *Gabr. Roman. d. conclus. 5. & seq.*

XX. Casum refert idem *ibi num. 29.* de ea, quæ suscepta liberorum tutela, contra sacramentum secundo nubit, non prius tutorem petens, & rationem reddens, atque exoluens omne quicquid debet, *d. Auth. eisdem.* De cuius textus materia videantur *Boer. decis. 124. nu. 9. cum seqq. Cacher. decis. 58. per tot. Gail. obseruat. pract. lib. 2. obser. 144. Ludouic. Roman. consil. 118. per tot.*

---

† Ibi Schneidevv. præ cæteris hanc rem ex DD. aperte declarat.

o Posthumus quasi post humatum patrem natus. Sed hæc sententia reprehenditur: quia vox posthumi & posthumare sine aspiratione apud probatos authores, & in pandectis Florentin. scribitur, & dicitur posthumus proprie ein Nachgeburt / is videlicet, qui vel post mortem testatoris, vel post testamentum, vel post alium actum nascitur, vt ex aliis late deducit Spannoch. ad *leg. Gallus. part. 9. per tot. de liber. & posthum.*

p Etiam in tota hæreditate, si ei legitima soboles nō sit.

q Spurii vox generalis & specialis, *Gabr. Palæot. de nothis. c. 16. num. 4. 5.*

per tot. Tiber. Decian. consil.94.num.15.lib.3. Cephal.consil.363.num.9. VVesenbec. cons.86. num.5.

XXI. Refert loco præcitato casum *l.2. in fin.infr. his quibus vt indign. & l.quidam.30. §.fin.infr. de donat.* si scilicet quis viui adhuc & ignorantis bona, vel partem bonorum alicui donauerit. Idem habet *de success. creat. lib.2. §.18.num.249.*

304 XXII. Quærit ille idem de Monachis statuto exclusis, *ibi num.36. & seqq.* alias constat Monachos institui posse, nisi Minoritæ sint. De quibus videantur *Roland.part.1. rubr.21. num.14.15. Dilect.de arte testandi tit.1.caut.11. Iul. Clar.§.testament. q.29.& 30.Gabr. Rom.lib.4.recept.conclus.tit.de hared.instituen.conclus.1.per tot.* vbi hæc regula vltra ea, quæ supra dixi, explicatur.

305 XXIII. Quidam incapaces sunt propter statuta: vt, si statuto prohibeatur, forensem institui, *Sim.de Prat.de interpr.vlt.vol.lib.3.interpr.1.dub.4. sol.4.per tot.* Aut si maritus prohibeatur statuto vxori vltra certam summam relinquere, *Dilect.de arte testandi tit.1.caut.13.* r

Ex hisce ergo omnibus sequitur, alias personas hæredes institui posse.

Hinc deducitur I. seruos etiam institui posse, id est, quando eorum serui sunt, qui institui possunt. Testamenti enim factio cum seruis ex persona Dominorum introducta est & consistit, *l. non minus 31. ibi DD. & Alphan. in report. nu.67.infr. hared.instit. l.si mihi 12. §.regula. inf.legat.1.l.neque 10.C. de hared. instit. text. in princip. & §.1.ibi DD. Instit.de hared.instit.Rolandin. d.rubr.21. num.21. Duaren. ad. tit. n.h.rubr. de hared.instit.cap.2.in princip. Brisson.lib.7.form. vers.porro non minus seruos fol.673.in princip.nisi in casu §. est enim.*

r Ad hunc catalogũ personarum, testamẽti factionẽ passiuam non habentium, notabis eiusmodi, ne quidem tutores esse posse. *Antho.Piagg. de tut. & curat. q.3.n.32.*

II. Hinc sequitur, recte institui eum, qui est apud hostes, *l. illa institutio.32. §.fin.ibi Bart. & DD. infr. hared. instit. Duaren. d.cap.2.vers.ex eo quod dicitur. late Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib.3. interpret.1.dub.4.solut.3. per tot.*

III. Hinc infertur ad extraneum etiam ignotum, *l. extraneum.11. C. hared.instituen.* quem testator etiam animam agens recte instituit, *l.extraneum.9.C.eod.* Hunc enim textum ita intelligit *Duaren.hoc tit.n.d.cap.2.vers. alia quæstio est.* De quo plura iam ante diximus.

IV. Hinc infertur ad excommunicatum, *Graff.dict.§.institutio.quæstion.4.*

V. Hinc infertur ad mulieres impudicas, quarum tamen complexus iure ciuili interdictus non est, *Sim.de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib.3. interpr.1.dub.4.sol.2.num.2.*

VI. Infer ad filiam renunciantẽ cum iuramento, vt dixi supra in principio huius tractationis.

VII. Infer ad filiam statuto exclusam, *Graff.d.§.institutio.q.11.*

VIII. Infer ad ciuitates. *l.hareditatis.12. C. de hared. instituen. Rolandin.d. rubr.21.num.2. Duaren. d. cap.2. vers. eadem ratione municipium.* qui Vlpiani, Plinii Iunioris, & alia huc pertinentia loca inter se erudite componit. Ita populo Romano multa regna, puta, Asia, Bithynia, Libya & alia testamentis sunt relicta, *Brisson. lib.7.formul fol.662. Bodin. de republ. lib.1. cap.8. fol.105.lib.3.cap.1.in princ fol.366.lib.6.cap.2.fol.646.*

IX. Infer ad fiscum, *Roland.d.rubr.21.num.21.*

X. Infer ad principem, *l.non dubium.16.C.eod.tit.* Quod eleganter exponit *Duaren.loco præcitato. vers.quæritur etiam an princeps.*

306 XI. Infer ad Deum opt.max. & ad Sanctos, qui recte instituuntur,

l.1.

l. 1. §. ad municipium. infr. ad l. Falcid. Et quem effectum habeat legatum relictum, interpretatur *Iustinianus in §. si quis in nomine Magni Dei. in Auth. de eccles. tit. Oldra. cons. 119. Titius condidit. Duar. loco prac. vers. addit idem Vlpian.*

XII. Inferad liberos. Nam non solum institui possunt, sed omnino 307
instituendi vel exhæredandi sunt, nisi ad monstrum vel prodigium declinent, *l. quod certatum. 3. C. posthum. hared. instit.*

Duo hic nobis erunt explicanda: I. Sententia iuris ciuilis de monstris, liberis imperfectis, quo ad materiam nostram, an videlicet & quando pro liberis habeantur, & instituendi vel exhæredandi sint. II. Sententia *art. 4.* Landtr. *lib. 1.* nobis erit excutienda.

DE PRIMO.

Ad sententiam iuris ciuilis quod attinet, paucissima de monstris & imperfectis liberis, quo ad materiam nostram, extant. Nuper fui interrogatus de institutione liberorum, qui nani essent, Gezwerg.

Alia quæstio est, quo pacto imperfecti succedant in feuda. Quæ est materia *tit. an mutus. ibi feudista. §. fin. episc. vel abb.* De qua videri possunt *Tiraquell. de iure primig. qu. 21. num. 13. & seqq. & qu. 23. per tot. Ioann. Bologn. cons. 4. per tot. Dominus Hartm. Pistor. q feud. 32.* Hæc materia nil ad nos pertinet.

De monstris autem atque imperfectis liberis textus in iure nostro hi sunt, *l. quæritur. 10. supr. statu homin.* vbi Vlpianus dixit: Hermaphroditum eius sexus æstimandum, qui in eo præualet. *l. non sunt. 14. supr. eod. tit. de stat. hom.* Non sunt, inquit Paulus, liberi, qui contra formam humani generis, conuerso more procreantur, veluti si mulier monstrosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliauit, aliquius videtur effectus, & ideo inter liberos connumerabitur, *l. quod dicitur. 12. infr. lib. & posthum.* vbi regula iuris: (Quod filius natus rumpat testamentum:) ampliatur, vt procedat, etsi non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, *l. ostentum. 37. inf. verb. signif.* vbi Vlpianus duo genera ostentorum esse dixit: vnum, quoties quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte, aut pedibus, aut qua alia parte corporis, quæ naturæ contraria est, *in l quæret. 135. eod. tit.* Idem Vlpianus mouet quæstionem: an mulier enixa dicatur, quæ monstrum peperit? Quærit (inquit) aliquis, si portentosum, vel monstrosum, vel debile mulier ediderit, vel qualem visu, vel vagitu nouum, non humanæ figuræ, sed alterius magis animalis, quam hominis partum, an quia enixa est, prodesse ei debeat? Et magis est, vt hæc quoque parentibus prosint. Nec enim est, quod eis imputatur, quæ qualiter potuerunt, statutis obtemperarunt, neque id, quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet. *Ita in l quod certatum. 3. C. posth. hæred. instit.* Iustinianus decidit quæstionem: quod posthumus natus rumpat testamentum, etsi statim decedat, dummodo ad nullum declinet monstrum, vel prodigium. Hæc sunt iura ciuilia de monstris & imperfectis: Quorum casus nostræ materiæ congruentes, Deo volente, examinabimus.

DE SECVNDO.

Porro ad textum iuris Saxonici quod attinet, neque Latina, neque Germanica exemplaria inter se conueniunt. Quinimo longe alia Latini, alia Germanici textus sententia esse videtur.

Et quod multo plus incommodi habet, constat, textum ibi distinguere nanos seu homunciones & hermaphroditos ab imperfectis. Super nanos & homunciones (inquit textus) nullum descendit feudum aut hæreditas. Textus Germanicus ita habet: Auff allzuviel / (ita nominat hermaphroditos, de quibus textus Latinus agit) vnd Gezwerg / vnd dergleichen vntüchtige Leut / stirbt weder Lehen / noch Erbe / noch auff Krüpel Kindt. Hos textus noster, vt apparet, distinguere voluit ab imperfectis.

Postea additur: si etiam eueniat, quod puer surdus, aut mutus, aut aliter, aut vtroque pede aut manu carens, nascatur, talis iure ciuili hæres existere potest, sed non iure feudali. Addit tamen textus exceptionem de feudo, quod videlicet aliud sit, si tales casus non naturales, sed per accidens alicui obtigerint: quum iam feudum antea sanus tenuisset. Idem dicitur ibi de leproso.

Vnde

Vnde clarissime constat, textum ibi nanos, hermaphroditos ab imperfectis distinxisse. De nannis enim seu nanis atque hermaphroditis dicitur: daß weder Erb oder Lehen auff sie komme: At de imperfectis ibi textus ait: daß sie Erben seyn zu Landt / aber nicht nach Lehenrechten: At glossa ibi ea, quæ textus distinguit, confundit. Ita enim habet: warumb nemen diese (id est, nani & hermaphroditi) nicht Erb noch Lehen? Sage vmb deß willen / darmit sie vortan nicht jhres gleichen vnmüchige / oder mißrahtene Kinder zeugen. (Et addit ibi glossa) Also auch alle vnsinnige vnd taube Leuth. Dann wo gleiche Sachen seyn / da soll auch gleich Recht vbergehen.

Ecce glossam aperte hos casus in textu distinctos inter se confundentem.

Et Reinhard. *lib. 2. different. 47. in noua editione*, de iure Saxon. inquit: Da nimbt Zwerg / Krüppel / Stummer / Handt / Fußloß / auch Blinde vnd Außsetzige / vnd dergleichen / kein Erb / noch Lehen.

Vnde apparet, neque textus inter se, neque cum textu glossam, aut interpretes Saxonicos congruere.

Quæ omnia tamen, quantum fieri potest, clare explicabimus.

Porro omnes monstrosos s partus cõmodissime diuidi posse arbitror, in ἑτερομορφίαν, & in partum, qui talis non est, *Alciat. in d. l. quæret. num. 1.*

s De hac materia plurima congessit Benedict. *rep. c. Raynutius. verb. qui cum alio contrahens. per tot.*

Ἑτερομορφία est, quando mulier partum producit, in animalis alicuius naturam deformatum, puta: si monstra nascantur asininis auribus, aut caninis capitibus.

Partus, qui talis non est: Aut formam habet perfectam: aut ampliatam: aut diminutam: aut conuersam.

Si forma hominis est perfecta, accidere potest, vt homo magnitudine corporis nimia, vel paruitate nascatur, quos nannos & pumiliones dicimus.

Si forma est ampliata: tum illa ampliatio aut contingit in partibus, quas proprie sic dicimus, vt si quis nascatur cum duobus capitibus, cum tribus manibus, aut pedibus, & monstrum erit. Ita tradunt omnes DD. *in d. l. non sunt. post gloss. ibi. d. l. ostentum. infr. verb. significat.*

Et hinc patet, quid de hermaphrodito sentiendum. Pro monstris certe ab initio habiti & occisi sunt. Hodie res aliter sese habet. Aut quærimus de partibus officialibus membrorum, puta: si quis cum sex digitis, aut cum tribus testiculis nascatur, vt Philelphus fuit: Et decisio extat *in d. l. non sunt.* quod pro liberis habeantur.

Si forma est diminuta, itidem distinguendæ sunt partes maiores & principaliores à minoribus & minus principalibus.

Nam illæ partes, quæ per accidens homini abesse possunt, salua substantia, eæ si per naturam absint, monstrum non faciunt, verbi gratia, manus & pes, oculus, auris alicui amputari potest, salua substantia. Ergo si aliquis nascitur sine manu, pede, oculo, auricula, monstrum non erit, sed imperfectus.

At quæ per accidens abesse non possunt, salua substantia: eæ partes si absint per naturam, monstrum faciunt, vt: si alicui amputetur caput, ille homo esse desinit. Ita si quid nascitur ex homine sine capite, monstrum erit, &c.

Si forma est conuersa, monstrum erit, puta: si facies sit à tergo, aut in pectore.

Ampliatio autem formæ tantum fit per naturam, non per accidens. At diminutio & per accidens & per naturam contingere potest.

Ampliata forma partium quæ proprie partes sunt, monstrum semper facit (quemadmodum & forma conuersa) Non sic forma diminuta, nisi monstri appellationem in genere accipiamus pro omni eo, quod à iusta humani corporis proportione recedit. Sed distinguendum est, vt prædixi.

De leprosis, mutis, mente captis non laboramus: sed de monstris dico.

Etsi autem de monstris varia disputari possunt: tamen insignes quæstiones in iure nostro, hac de re, hæ sunt:

Prima est, de fauore parentis, puta: Vtrum mulier enixa dicatur, quæ partum monstrosum edidit? Quæstionem hanc tractat Vlpianus *in d. l. quæret. infra. verb. signif.* & eam explicat *Vacca in d. l. non sunt.*

Secunda vtrum occidens hominem monstrosum teneatur pœna homicidii? Videatur *Guilhel. Benedictus repet. cap. Raynutius. verb. qui cum alio contrahens. nu. 30. Petr. à Placca in epit. delict. lib. 1. c. 9. num. 11.*

Tertia quæstio: An & quomodo monstrosi partus sint baptizandi, puta: nascitur

aliquis Hermaphroditus, aut cum duobus capitibus. Videatur *Archidac. in can. baptiZari. 5. distinct. can. illud. 24. quæst. 3. Cardin. Clem. 1. § ad hoc de summ. Trinit. & fid. cathol. Benedictus loco relato num. 43.*

Quarta quæstio, ad nostram materiam pertinens, quando monstrosi partus pro liberis sint, & testamentum rumpant, adeoque instituendi vel exhæredandi sint. De causis vero cur homines monstrosi nascantur, ex veterum sententia disserit Georg. Pictorius *lib. 1. Philologiæ cap. 7.*

Infer hinc I. etsi illi, quibus humana quidem forma perfecta, sed præter cæterorum naturam statura, vel inusitata corporis magnitudine aucta, vel paruitate nimia inclinata est, monstra impropriè & quodammodo dici queant, *Alciat. d. leg. quæret. num. 1.* Quod tamen pro liberis, & proinde instituendi vel exhæredandi sint, *Hieronym. Schurff. consil. 53. cent. 3.* vbi pro virgine, quæ statura communi, & aliis quibusdam membris caruit, de iure respondit. 308

Et licet ius Saxonicum *art. 4. Landr. lib. 1.* dicat, super nanos & homunciones nullam descendere hæreditatem: Vnde *Reinhard. lib. 2. part. 2. differ. 47. in noua editione.* differentiam inter ius ciuile colligit: Tamen & iure Saxonico tales liberi instituendi aut exhæredandi sint. Nam statutum iuris Saxonici volens, **Daß auff Gezwerg / vnd dergleichen vntüchtig Leut kein Erb versterbe** / procul dubio repugnat iuri communi: Quare ita interpretandum est, vt quam minimum eidem deroget, *Bart. in l. si vero § de viro. sup. solut. matrimon. Paris. consil. 56. num. 6. libr. 2. Corn. consil. 198. num. 2. libr. 3. Ruin. consil. 44. num. 18. lib. 2.* Intelligit autem *ibi add.* textum ita: quod super nanos & homunciones non descendat hæreditas, id est, quo ad propriam administrationem: quum tales debeant esse sub cura, sicut etiam *in gl. ibi text. l. de creationibus. 20. episc. aud. & §. furiosi. Instit. de curat.* adducitur: & per hoc nani furiosis, mente captis, & perpetuo morbo laborantibus, æquiparantur, quibus ius quidem succedendi, nulla autem bonorum administratio competit.

Deinde textus Germanicus ibi dixit: **Welche dann jhre Erben seyn / vnd jhre necheste Freunde / die sollen sie halten in jhrer Pfleg.** Vnde sequitur: si proximiores, nanorum hæredes sunt: quod proinde super nanos primum atque homunciones hæreditas descendat, vt inde ad ipsorum hæredes deuoluatur. Is enim etiam pro hærede, & habili quidem reputatur, per quem alius hæreditatem capit, *Tiraquell. de iure primigen. quæst. 23. num. 16.*

Ergo ius Saxonicum non succedendi, sed administrandi ius nanis atque homuncionibus adimit.

Porro insolita corporis paruitas in pygmæis *t* Indiæ populis naturalis est duorum videlicet pedum cum quadrante. Ad quod est apud Ezechielem *text. in cap. 27. versic. 11.* in quem locum *Petr. Martyr. in lib. iud. cap. 3. versic. 16. & seqq.* scribit, pygmæos nomen à cubitali longitudine habere. Addatur *Pompo. Mela de situ orbis. cap. 9. Solin. in polyhistore cap. 55. Honorius Presbyter lib. 1. de origine mundi. cap. 10.* qui tamen illis maiorem staturam tribuit, *Pictor. in lib. 7. Plin. cap. 2.* qui Aristotelem quoque de natura animalium, & alios citat, & refert, se in aula archiducis Austriæ inter aulicos pygmæum vidisse, qui trium solummodo palmarum longitudine fuerit, *idem lib. 2. Philologiæ cap. 2.* vbi de hominibus miraculosis plura tradit. 309

t Albert. Magnus & Strabo existimarũt omnia, quę de pygmæis referũtur, fabulosa esse, quos Pictorius loco relato refellit. Fuit a. Albertus Magnus præceptor Thomę Aquinatis, episcopus Ratisbonẽsis: sed philosophandi studio ad suum monachatum Coloniam est regressus, Magni cognomentũ totius orbis consensione summa consequutus.

In nanis autem staturæ paruitas præternaturalis est. Nomen enim inde habent, quod in altum non succrescant, & latinis dicuntur pumiliones.

nes. *u* Estq; nani natura, vt pars superior magna sit, inferior parua, vt Aristoteles *in 4. de partib. animal.* scribit: quod & Suidas confirmat in verbo νάνος, vbi tamen exceptionem de pudẽdis addit. Pumilio (inquit) de paruis dicitur, & instar infantum inclinatis. Pumiliones superiora grandiora, & pudenda magna habent. Addatur *Gell. libr. 19. cap. 13. Alciat. d. l. quaret. num. 1. Pictor. lib. 1. conuiualium sermonum. fol. 28.*

u Quos latine pumiliones dicimus, Græce νάνους appellari, docet Gellius *libr. 19. cap. 13.* Dicimus autem & νάνος, vt est apud Suidam, verb. νάνος. νάνος (inquit ille) pumilio, de paruis dicitur, & instar infantium inclinatis. νάνος deducitur ἀπὸ τοῦ νη (quod est particula negatiua) & ἄνω, augeo, vel sursum, quod in altũ non succrescant.

310 Infer 2. ad partus, qui membrorum humanorum *x* officia ampliarunt, *l. non sunt. 14. supr. statu homin.* puta, quia aliquis sex digitos habet, *dict. l. non sunt. ibi Bart. num. 1. Bald. num. 4. Angel. num. 2.* qui in eandem sententiam *Ioann. Fabr. Iacob. de Aret. Richard. de Malumb. & Cyn.* adducit, *Alberic. num. 3. & 4. Vacca prope fin. Alciat. d. l. quaret. num. 9. 10.* aut hermaphroditus *y* est. Tales enim non solum in rebus hæreditariis succedunt: sed etiam in dubio pro *z* maribus habentur, & ad feudi quoque successionem admittuntur, si in sexu masculino incalescant, *arg. leg. quaritur. 10. supr. statu homin. Ardiz. in tractat. feud. cap. 137. vers. item quaritur, an sub appellatione fratrum sorores contineantur. Bald. in l. quoties. num. 7. cum seqq. ibi additio. C. suis & legit. hared. Aluar. cap. 1. num. 8. & 9. an mutus. Ruin. cons. 17. num. 5. lib. 3. Forcat. dialog. 68. n. 6. Menoch. remed. 9. recuperan. num. 15. VVesenb. ad tit. supr. de statu homin. num. 3. Muscorn. de iurisd. n. 143.* Vt proinde hodie hermaphroditi iis comparentur iure ciuili, qui humanorum membrorum officia ampliarunt.

x Digitus non est mẽbrum, sed pars & officium membri. Ergo si statutum punit, debilitantẽ in membro, in decem, id non pertinebit ad debilitantem aliquem in digito. *Albe. Roz. in tract. de statut. 2. part. qu. 25. ibi bona additio. Bald. in tract. de statut. verb. membrum. num. 2. & ibi num. 1.* decidit, an barba contineatur membri appellatione.

y Hermaphroditus duobus modis dicitur: Primo, qui vtrumque sexum habet. Deinde alio etiam modo vsurpatur, vt docet Suidas in verbo ἑρμαφρόδιτος. Hic accipimus hermaphroditos Androgynos, de quibus copiosa fit in iure nostro, mentio, puta, *in l. 10. supr. statu homin. l. 15. supr. testib. l. 6. in fin. inf. liber. & posthum. Videatur Brisson. de verb. signif. lib. 8. in verb. hermaphroditus. & Petr. Gregor. in syntagm. iur. lib. 7. cap. 2. num. 5. cum seqq.* Ego noui hermaphroditum, qui hic opt. artium studiis operam daret. Habui etiam in meis ædibus Brunsuigi caprum, qui vtriusq; sexus esset. Dresdæ, præsentibus multis bonis viris, in prandio habui carpionem hermaphroditum. Lepores sunt hermaphroditi: quia naturaliter per annos sexum mutant, sic, vt quando hoc anno mares fuerint, altero fœmellam repræsentent. *Pictorius libr. 1. sermonum conuiualium fol. 15. in editione Basil.* Natura omnis abhorret a mixtura sexuum. Ideo & hermaphroditus nunquam vtroque sexu æqualiter valet. Sed aut generare valet, aut concipere. Et licet Hippocrates existimarit, viris tantum id accidere, vt hermaphroditi sint: tamen experientia reclamat, id & in fœminis vsuuenire. Ita vt semper vnus sexus potior sit. *Forcatul. dialog. 68. num. 6.* Hinc regula: quod in dubio pro maribus sint: & quod re certa illi sexui debeant annumerari, qui in illis dominatur. *Bald. in tr. statutor. verb. succedere. num. 32.*

z Hinc pendet quæstio, quomodo tales baptizandi? *Zas. in paratit. de statu homin. num. 17. adde aliquid per Muscorn. de iurisdict. num. 142.* In dubio enim pro maribus habentur. Sed ego Kembergæ, viuente adhuc Philippo Melanchthone, hermaphrodito in baptismo fœmininum nomen inditum esse scio: quum sexus fœmininus magis in infante conspicuus esset, quam masculinus.

Alia tamen, vt constat, iuris Saxonici *a* de hermaphroditis sentẽtia est, *d. art. 4.* quæ & à veteri iure ciuili non longe recedit. Quum iam olim non secus ac partus monstrosi necarentur. *Petr. Gregor. in syntagm. iur. lib. 7. cap. 2. num. 5. cum seqq.*

a Scio casus, vbi ius Saxonicum in hermaphroditis & nanis non seruatum est, sed ius ciuile commune.

311 Infer 3. ad partus imperfectos, puta, si quis sine altero, aut vtroq; pede, vel manu nascatur. Nam hi non modo iure ciuili, sed etiam iure Saxonico, in bonis allodialibus, parentibus succedunt: & proinde instituendi sunt. *l. quod dicitur. 12. infr. liber. & posthum. d. art. 4. Schurf. d. cons. 53.* vbi pro virgine, quæ mammillis, visu & statura communi destituta fuit, consuluit.

Vnde constat, ius Saxonicum maiori fauore imperfectos, quã nanos *b*

b Statutum iuris Saxonici excludit nanos à successione. Dixi textum ita accipiẽdum, quod super nanos nõ descendat hæreditas, id est, quo ad propriam administrationem, sed bene quo ad successionem. Id probaui 1. ex glossa ibi, 2. ex textu. Quinimo ego noui casus, in quib. nani & hermaphroditi parentibus in foro Saxonico successerunt. Ergo si casus accideret, tenerem idem iure Saxonico, q̃ iure communi, quod & Schurf. fecit *cons. 53. cent. 3.* Statutum n. vsu nõ receptum, neminem ligat. *Ias. in l. de quib. n. 33. sup. legib. Bald. in l. rem non nouam. ibi Ias. n. 5. C. iudiciis. Couar. lib. 2. var. resol. cap. 16. n. 5. vers. quinto sunt.* Etsi a. is, qui in aliquo statuto sese fundat, præsumptionẽ pro se habeat, q̃ illud ius vsu receptum sit: *Rolan. à Vall. cons. 90. n. 53. 54. cons. 99. n. 39. lib. 2. & in tr. super stat. de lucro dotis. q. 99. circa fin. Pet. de Benic. decis. 13. n. 10. Paris de Put. in tr. syndicatus. verb. iudicare. cap. 1. n. 4.* Tamen eo ipso probatur, statutũ vsu non esse receptum, si doceatur casum euenisse, & seruatũ esse contrarium: *Bald. in d. l. de quib. n. 21. ibi Ias. nu.... sup. legib. Felin. c. cum accessissent. n. 25. 26. ibi Dec. n. 13. vers. secundo prædicta conclusio extr. const. Molin. ad consuet. Paris. §. 1. gl. 4. n. 14. & §. 30. n. 26.* Et quid iuris sit in statuto derogatorio, tradit *Decian. cons. 32. n. 40. cum seqq. lib. 2.*

&hermaphroditos prosequi: *c* Et iure quoq; ciuili ampliationem membrorum, puta, pedum & manuum ad monstrum declinare, *l. ostentum. 37. infr. verb. signif.* quum sine manu aut pede natus, de liberis & successionis capax *d* sint. *d. l. quod dicitur.*

c Aliud est mēbra ampliare, vt habere tres manus: aliud mēbrorum officia ampliare, vt habere sex digitos, &c.

d Hæc vera, si alicui eæ partes absint, quæ illi salua substantia, per accidens abesse possunt. Vt manus, pes abesse possunt homini possunt, salua substantia. Ergo si aliquis sine manu, sine pede nascatur, monstrum non erit. Aliud si eæ partes monstro absunt, quæ homini per accidens, salua substantia, abesse non possunt, vt si monstrum sine capite nasceretur, aut sine pectore, &c.

Hanc illationem 12. & vltimam declara in partu monstroso, qui in *ἑτερομορφίαν* incidit, aut formam hominis conuersam, vel in maioribus corporis partibus ampliatam, aut etiam iis in partibus, quæ salua substantia, homini abesse non possunt, diminutam habet. Non enim liberi sunt, qui ad monstrum declinant, vel prodigium, *l. non sunt. 14. supr. statu homin. d. l. quod certatum. 3. C. posthum. hæred. instit.* puta: qui contra formam humani generis conuerso more, *e d. ct. l. non sunt.* aut contra naturam tribus manibus, aut tribus pedibus nascuntur, *l. ostentum 37. infr. verb. signif.* *f* 312

e Puta, faciem habens in tergo, vel in pectore.

f Si omnimoda sit similitudo: inter omnes theologos & iureconsultos satis conuenit. At si mōstrum aliquam effigiem humanam habet, vtcunq; deformis illa sit, in liberis censetur. Secundum communem theologorum sententiam. *Bened. hil. verb. qui cum alia contrahens.*

Et tantum abest, vt huiusmodi monstra in iure pro liberis habeantur, vt antiquitus ea alere nefas esset: sed primo quoque tempore magistratibus talia denunciari oportebat, qui procul in ignotas terras illa exportari curabant: quod existimarent huiusmodi portenta Deorum iras & pesté sequi. Et hinc prouerbium: monstrum alere: in illos dicitur: quos nefas aliquod tegere suspicamur. *Ant. Vacca in d. l. non sunt. sup. statu homin. Petr. Gregor. d. lib. 7. cap. 2. num. 5. cum seqq.*

Hactenus de primo requisito institutionis hæredum dixi: quod videlicet ad institutionem exigatur, vt is, qui instituitur, capax sit. Pauca nunc subiiciemus eodem pertinentia, vt intelligatur, quot temporibus in hærede habilitas requiratur.

Porro in hæredibus illa obseruantur, vt sit cum eis testamenti factio, quod tribus temporibus inspicitur, testamenti facti, vt constiterit institutio, *g* & mortis testatoris, *h* vt effectum habeat, hoc amplius & quum adit *i* hæreditatem, esse debet cum eo testamenti factio. At media tempora, puta, inter testamentum & mortem, vel inter mortem & aditionem hæreditatis non nocent, puta, ciuis Romanus scriptus hæres, viuo testatore, factus est peregrinus, vt, quia ei aqua & igni interdictum sit, hæres fit, si mox, id est, intra illud tempus, quo testator decessit, ius ciuitatis receperit. *l. sed etsi in conditione. 6. § solemus. l. si alienum. 49. §. in extraneis. ibi DD. l. liber homo. 59. §. si hæres. infr. hæred. instit. § in extraneis. ibi DD. Instit. hæred qual. & differ. Duaren. ad tit. n. h. rubr. de hæred. instit. cap. 2. prope fin. Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib. 3. interpr. 1. dub. 4. solut. 2. num. 2. Lancill Gall. de stat. verb. vxori. q. 5. num. 8. 9. & verb. non possit. qu. 3. num. 21. cum seqq. vbi ampliat & limitat.* 313

g Testamentum assumit vires ab institutione hęredis, vsque adeo, vt sine illa, nec testamētum appellari possit. *§. ante hæredis institutionem. Instit. de leg. § imprimis. Instit de pupil. om. hæred. l. fin. infr. aur. codicill. Leonium de pupilla. n. 136.*

h Vltima voluntas est ambulatoria vsq; ad mortem. At quum morte testatoris fiat irreuocabilis & immutabilis: Necessaria ergo est in hærede habilitas eo tempore, vt confirmet testamentum. *Leonius ibi numer. 137.*

i Per aditionem ad effectum deducitur testatoris dispositio. Ergo tunc in hærede capacitas desideratur. *Leonius ibidem.*

Declara hæc I. Nam aliud est in suis atque necessariis hæredibus. Ideo Florentinus *Iurecons. in d. §. in extraneis.* & Iustinianus *loco præcitato* nominatim de extraneis locuti sunt. 314

Quærunt autem DD. quæ inter suos & necessarios atque extraneos hæredes differentiæ ratio hic sit.

Et aliquibus visum est, quum extranei modo capaces, modo incapa- 315

ces

ces sint; ea propter in ipsis diuersa tempora esse inspicienda: At suos & necessarios, quatenus ipsis suitas necessitasque cohærent, non posse non capaces esse.

Quod ergo in extraneo tempore testamenti & mortis capacitas requiratur, id in suo & necessario plane non disputandum censent. Quia nisi vtroque tempore capax esset, suus non esset. k *Ita Vigli. Hotoman. Mynsing. in d. §. in extraneis.*

k Recentiores ita argumentantur: Si suus: Ergo vtroque tempore capax: si non vtroq; tempore capax, ne suus quidem est. In quo à DD. erratur.

Atqui suus est, qui mortis tempore est eiusmodi, neq; necesse est, vt fuerit eiusmodi testamenti tempore: Vt tamen & illo tempore capax fuerit omni modo necesse est, alioquin æquitate & ratione Catonianæ regulæ impedietur institutio. Quæ enim ab initio inutilis fuit institutio, tractu temporis conualescere non potest, *l. quæ ab initio. 210. ibi Placent. & reliqui. infr. reg. iur. arg. l. 4. ibi in paratit. VVesenbec. infr. reg. Caton. Cuiac. dict. §. in extraneis. Cuiac. in l. cum vir. infr. vsucap. Idem lib. 4. obseruat. cap. 4. Hotoman. lib. 2. obseruat. cap. 3.*

Contendunt DD. Vtrum regula Catoniana ad institutiones pertineat, nec ne? Scripta est illa regula de legatis, non de institutionibus: eiusq; sententia est, si ab initio, id est, testamenti facti tempore legatum inutile fit, illud tractu temporis non conualescere. Iam quæritur: vt dixi, an ea ad institutiones pertineat? Receptior sententia est, quod pertineat, eamque *Cuiac.* defendit *locis præcitatis.*

Nititur hæc sententia hisce fundamentis:

I. Adducitur *d. l. 4.* vbi Vlpianus ait: Placet Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere. Ergo (inducendo textum per argumentum à contrario sensu) ad puras institutiones pertinebit.

II. Deinde idem probat præcitata *l. quæ ab initio. infr. reg. iur.*

Contrarium tenet *Hotoman. in dict. c. 3.* quod Catoniana regula ad institutiones non pertineat.

I. Adducit clarum textum *l. 3. infr. reg. Caton.* vbi Papinianus disertis verbis scripsit: Catoniana regula non pertinet ad hæreditates.

II. Adfert & hoc: quod regula de legatis tantum sit concepta, quam de institutionibus quoque Cato scribere potuisset, & scripsisset etiam, si id sensisset.

Ad textum *d. l. 4.* respondet cum *gl. ibi.*

Ad *d. l. quæ ab initio.* respondet, nullum dubium esse, quin in institutione requiratur, vt ab initio subsistat, idem in contractibus quoque desiderari: neminem tamen dicere: quod regula Catoniana ad contractus pertineat.

Concludit autem tandem æquitatem & rationem regulæ Catonianæ ad institutiones quoque pertinere, non verba regulæ. Idemque sensit *gl. in d. l. 2.* Et hanc sententiam hic in dictatis meis sequor.

Necessaria autem non est in suis aditio: quum ipso iure fiant hæredes sine vlla aditione, *l. in suis. 11. infr. liber. & posth.* Ergo non dicemus tria tempora esse necessaria in suis hæredibus, sed duo tantum, tempus testamenti & tempus mortis, *Duar. loco præcit.*

316 II. Declara, vt aliud sit in institutione conditionali. Nam testator apponendo conditionem, non vult inspici tempus testamenti, sed futurum. Ergo qui nunc incapax est, institui nihilominus potest, collata conditione in tempus, quo capax futurus sit, & valet institutio, si postea capax reperiatur quo tempore hæreditatem est aditurus, *d. l. in tempus. 62. infr. hæred. instit.* Ita rem meam mihi dari stipulari non possum: Vtilis autem erit stipulatio, si eam stipuler sub conditione, collata in id tempus, quo mea esse desierit, *l. si rē meam. 30. & l. existimo. 97. inf. verb. oblig. Duar. loc. præc.* Quibus consectarium est, vt in institutione conditionali non requirantur tria tēpora habilia, sed capacitas tempore existentis conditionis sufficiat,

Lancell. Gall. de stat. verb. vxori. quæst. 5. nu. 10. 11. Et hanc communem dicunt *Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 3. num. 29. & lib. 2. §. 14. num. 37. Grass. §. institutio. quæst. 28. num. 3.*

Contrarium tamen, quod videlicet etiam in conditionali institutione, tria tempora habilia requirantur, tenere videtur *Ias. in l. cætera. num. 22. 23. infr. legat. 2.* Et hanc sententiam late probat *Vasq. locis relatis.* vbi præcitatos duos §§. *in extraneis.* ad hanc sententiam quinque modis ponderat & inducit. Et ad textum *d. l. in tempus.* respondet: quod in conditione intrinseca & necessaria loquatur: aliud autem esse in conditione voluntaria, quæ scilicet ex libera disponentis voluntate apponitur: quum apponenti conditionem ex necessitate magis faueatur, quam illi quæ apponitur ex libera voluntate, ita firmat *d. §. 3. num. 32. & d. §. 14. num. 74.*

III. Declara, vt hæc procedant, quando de hæredis capacitate tractamus. Nam tunc tria tempora spectanda sunt. Aliud, si quæratur, quo tempore eum, cui substitutio pupillaris fit, in substituentis potestate esse oporteat. Nam ibi, quo ad pupillares tabulas, habilitas tempore mortis testatoris sufficit, *l. cohæredi. 41. §. cum filia. in primo responso. infr. vulg. & pupill.* Quæ peculiaris habilitas ad testamentum ipsum nullo modo necessaria est: quum & plane extraneus institui possit. Quare Politus & alii, inter quos est *Vasq. d. §. 14. num. 72.* regulam *d. §§. in extraneis.* de trium temporum capacitate perperam ad substitutionis pupillaris materiam pertrahunt, vt docte ostendit *Leon. de pupill. substit. num. 130. vsq. ad 147.* 317

Tres sunt quæstiones sese contingentes, 1. de habilitate testatoris: 2. de capacitate hæredis: 3. de capacitate legatarii, aut potius de validitate legati. 318

De prima iam diximus: in secunda adhuc versamur: tertiam nunc de legatis vna attingo, quæ est materia regulæ Catonianæ. Ita hæc membra refert *Pec. de testament. coniug. lib. 4. cap. 31.*

Iam quæritur, cuius temporis validitas seu capacitas in legato spectanda sit.

Ioannes Schneid. *d. §. in extraneis. num. 4. & post eum Grass. §. institutio. q. 28 num. 4.* tradunt: quod inspiciatur capacitas temporis, quo cedit legatum. Vnde quum in legatis puris dies cedat statim à morte testatoris: *per l. vnic. §. cum igitur. C. caduc. toll.* Tempus ergo mortis spectandum. Et hanc sententiam communem esse tradunt.

Contrarium primo dicit Iureconsultus *in leg. cætera. §. 1. infr. legat. 1.* Si ab initio non constitit legatum, ex post facto non conualescet, quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum, fuerit alienata: quia vires ab initio legatum non habuerit.

Ecce textum clarissimum, qui initium spectandum dicit, & illud definit esse testamentum.

2. *L. 1. in princ. infr. reg. Caton.* Catoniana regula sic definit: Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret legatum, quandocunq; decesserit non valere.

Nihil hoc textu clarius esse potest.

3. Idem post textus docent clarissime DD. nostri, puta, *Bart. in d. l. 1. nu. 1. ibi Alberic. de Ros. Castr. & in paratit. Cuiac. & VVesenb. deinde dominus Hotom. d. obser. 3.*

4. Idem probant rationes dubitandi & decidendi, quas DD. nostri proponunt.

Videtur, inquiunt DD. spectandum tempus mortis: quia illo tempore legata sumunt vires. Ergo si illo tempore nullum esset impedimentum, non redderetur legatum inutile, etiamsi tempore testamenti obstaculum subsit. Hanc allegat *Castrens. dict. l. 1. num. 2.*

Deciditur, inquiunt DD. contrarium.

1. Quia hæc naturalis & ciuilis iuris regula est: vt quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non conualescat, *l. quod initio. 30. infr. reg. iur. Alberic. de Ros. dict. leg. 1. num. 1.* qui dicit ex hoc principio fluxisse regulam Catonis. Idem eleganter explicat *Hotoman. d. obseruat. 3.*

2. Ratio

2. Ratio, quod testatoris legantis intentio sit: quod si statim moreretur, statim legatum valeat. Ergo inspicimus temporis præsentis conditionem, seu tempus testamenti. Hanc tractat *Castrens. d.l.1.num.2.3.*

Vnde liquet præcitatam sententiam de tempore mortis iure non probari.

Exempla autem plura proponunt regulæ *Bartolus, Alberic. & Castrensis.*

1. Puta: ego lego tibi fundum, quum sim intestabilis: legatum nullum est, neque tractu temporis conualescet, etsi tempore mortis reperiatur testabilis.

2. Lego tibi rem tuam, legatum inutile est ab initio. Ergo non conualescit, etsi ante mortem meam alienaueris.

3. Ita lego tibi rem sacram, religiosam, vel affixam ædibus: Legatum ab initio inutile est. Ergo ex post facto non conualescet. *d. l.cætera.§.1.*

Ex quibus omnibus apparet, regulam Catonianam tempus testamenti spectare.

Hoc tamen fatendum, non sufficere, vt ab initio legatum validum sit, sed & hoc requiri, vt tempore mortis nullum subsit obstaculum. Nam si tunc impedimentum adesset, legatum inutile foret, non propter regulam Catonianam, (quæ non loquitur de impedimento, subsistente tempore mortis tantum, sed solum de subsistente tempore testamenti,) sed propter regulam, quod inutiliter cederet dies, impedimento obstante. *Castr. d.l.1. num.5.*

Ergo ad validitatem legati, spectamus ex regula Catoniana tempus testamenti, ita, vt tamen & tempore mortis capacitas desideretur ex aliis iuribus.

Porro regulæ Catonianæ requisita eleganter & omnium maxime perspicue pertrâctauit *Castrensis in d.l.1. per tot.*

IV. Declara in legatis, quorum validitas à die testamenti pendet. Sic enim regula Catoniana definit: Quod inutile foret, id est, cuius dies inutiliter cederet, *l* si testamenti facti tempore mortuus fuisset testator, id legatum quandocunque decesserit, ex post facto non conualescere, *d.l.1.ibi Bart.num.1. Castr.num.1. Alberic.de Ros.num.1. Cuiac. VVesenbec.* rationem decidendi ex æquitate naturali & iure ciuili depromptam explicat *Castr. d.l.1.num.2. Hotom.lib.2.obseruat.cap.3.*

l Dies cedit, id est, debitio legatorum pendet à die mortis. Ita *Hotom.libr.2. obseruat.cap.3.* At *gl. in l. vnic. §. cum igitur.§.cedere.C.caduc. toll.* hanc rem aliter exponit, quod videlicet morte cedat dies, id est, quo ad transmissionem.

Sensus regulæ Catonianæ hic est: si legatum inutile est ab initio, quod tractu temporis non conualescat. Sciendum est, legatum iure veteri cedere à die mortis, id leges Caducariæ, id est, lex Iulia, & lex Papia Poppæa immutarunt, vt videlicet dies legatorum à tempore apertarum tabularum cederet: Quod rursum correxit Iustinianus *in d.l. vnic. §.cum igitur. C.cad.toll.* reducto in vsum iure veteri. Vt proinde hodie legata pura & in diem, ex die mortis cedant.

Videbatur ergo dicendum, satis esse, si legatum tempore mortis consisteret. Contrarium decidit Catoniana regula: requiri videlicet, vt ab initio validum sit. Validum autem est, ab initio, si collato die mortis cum die testamenti, legatum vtiliter cederet.

Exemplum huius rei hoc esto: Si testator legatarii fundum legauerit, inutile est legatum: quia quod proprium est ipsius, amplius eius fieri non potest. Ergo si testamenti tempore decederet testator, inutile fieret legatum, & eius dies inutiliter cederet: Vnde ex post facto non conualesceret, licet ante mortem testatoris legatarius eum alienaret, *l.cætera.41.§.ibi DD. infr.legat.1.§.sed si rem.ibi DD. Instit.de legat.* m

m Cum hisce duobus textibus videtur pugnare *l.1. in fin.inf.reg.Caton.* Sed intellige illum textum ibi in legato conditionali, vt recte glossa exponit.

319 Pertinet autem regula Catoniana ad ius vetus, hodie à Iustiniano, explosis legibus caduciariis, restitutum, quo dies legatorum ex tempore mortis cedebat, *l. vnic.§.cum igitur.C caduc.toll.* Ergo ad legata pura regula Catonis spectat, & quæ sunt in diem certam, quorum dies ex morte testatoris cedit, *DD. d. l. 1. ibi præ cæteris eleganter Castrens. num. 4.5.& seqq.* qui per sex requisita hanc materiam eleganter explanat. Quum enim testator hac intentione legatum faciat, quod si statim moreretur, statim valeat, & sortiatur effectũ: Ergo merito testamenti tempus inspicimus: adeo vt necesse sit tunc temporis nullum subesse impedimentum, sed legatum

ſtatim effectum ſortiri poſſe, ſi teſtator tum moreretur. Quod ſi impedimentum tunc ſubſit, legatum vtpote ab initio inualidum, nunquam ex poſt facto vires ſuſcipit, *Caſtr.d.l.1.nu.2.Hotoman.d.c.3.* Cui porro conſectarium eſt, regulam Catonis neque ad legata conditionalia, quorum dies non ex mortis tempore, ſed ex conditionis euentu cedit, *l.1. verſic.quid enim. & verſ.item ſi tibi legatus.ibi VVeſenbec.in parat. d.l.cætera. Cuiac.lib.4.obſeruat. cap.4. Hotom.lib.2. obſeruat.c.3.* neque ad legatum vſusfructus, vſus habitationis, aut optionis, quorum dies ab adita hæreditate cedit, pertinere, *l.2.infr.quan.dies leg.cedat.l.optione.16.infr.opt.leg.Cuiac.Hotoman.VVeſenbec. locis præcitatis.* Quia hæc legata non facit teſtator ea mente, quod ſi ſtatim decederet, ſtatim valeant. Vt proinde teſtamenti tempus hic inſpici non poſſit, ſed conditionis euenientis, vel aditæ hæreditatis, quibus temporibus voluit illa teſtator valere, *Caſtr. d. l.1. num.3.* Sed neque ad leges nouas pertinet, *l.fin.inf.reg.Caton.* id eſt, ad ſtatuta, vt aliqui exponunt: puta, ſtatuto cautum eſt, ne quis forenſi leget: Quæritur, an illud maritum contineat, ducentem vxorem in loco ſtatuti, qui teſtamenti tempore forenſis eſt, ne ex teſtamento vxoris ante nuptias condito, legatum capere poſſit. Catoniana regula vtiq; impediret legatum. Sed eam, vt dixi, ad ſtatuta non pertinere exiſtimat *Pec. de teſt. coniug. lib.4.cap.31.*

Notandum, Celſum Iureconſultum *in d.l.1.* fruſtra impugnare Catonis ſententiam. 320
Regula loquitur de legatis puris, *per.d.l.cætera.* At Celſus ibi regulæ opponit duo exempla legati conditionalis, quæ ad regulam non pertinent. Regula enim ad ea tantum legata ſpectat, quorum dies à tempore mortis teſtatoris cedit. At talia legata conditionalia non ſunt. Quare calumniator eſt Celſus, *in dict. l.1.* Et refert *Hotom. d.cap.3.* non eſſe nouum in iure, vt Celſi opiniones in reprehenſionem vocentur. Verba textus: Catoniana regula ſic definit, *(id eſt, Hæc eſt Catonianæ regulæ ſententia, vel, ita Catoniana regula decidit. Vox enim definitionis in iure non tantum in ſtricta illa ſignificatione accipitur, vt apud Dialecticos: ſed generalius accipitur, vt comprehendat 1. definitionem, 2. regulam, 3. deciſionem, pronunciatum. Ita non ſtricte, ſed generaliter accipitur in leg. omnis definitio. 202. infr. reg iur. vt ſententia ſit: omnem definitionem, omnem regulam, omne iuris pronunciatum eſſe periculoſum. Idem Ariſtoteles dicit in 2. ethic. cap.2. ex quo proculdubio Iureconſulti ſententia deprompta eſt. Ita eſt etiam text.in leg. Quintus.11.& ibi gloſſ.verb.definitio.infr.auro & argen. legato. Illius definitio, id eſt, ſententia deciſio vera eſt. Quare expendendum; quæ ſignificatio cuique loco maxime congruat.)* quod, ſi teſtamenti facti tempore deceſſiſſet teſtator, inutile foret legatum *(id eſt, cuius dies inutiliter cederet.)* quandocunque deceſſerit, non valere. Quæ diffinitio *(id eſt, quæ regula Catoniana)* in quibuſdam falſa eſt. *(Hæc ſunt verba Celſi male reprehendentis Catonem.)* Quid enim, ſi quis ita legauerat, ſi poſt Kalendas mortuus fuero, Titio dato. *(Hoc dicit, Ego propono exemplum, in quibus legatum ab initio non valeret, ſi ſtatim teſtator decederet: & tamen non eſt inutile. Hoc primum exemplum, quo refellit regulam Catonis Celſus. Sed non pertinet hoc exemplum ad regulam: quia eſt legatum conditionale.)* An cauillamur? (ja freilich) iſt es keine *exceptio*, ſondern ein *cauillatio. Hæc ſunt verba Celſi dubitantis de ſua obiectione.)* Nam hoc modo, ſi ſtatim mortuus fuerit, non eſſe datum legatum, verius eſt, quam inutiliter datũ. *(Ecce Celſus ſeipſum refellit, hoc legatum non dici datum. At Cato loquitur de iis, quæ dantur, ſed inutiliter. Ergo hic caſus non pertinet ad regulam.)* Item, ſi tibi legatus eſt fundus, qui ſcribendi teſtamenti tempore tuus eſt, ſi eum, viuo teſtatore, alienaueris. *(Intellige legatum ita datum, ſi alienes, vt ſit conditionale.)* legatum tibi debetur, quod non deberetur, ſi teſtator ſtatim deceſſiſſet. *(Hoc eſt alterum exemplum, quo Celſus Catonem impugnat. Sed & hoc exemplum peregrinum eſt, huc non pertinens: quum ſit legatum conditionale.)*

Cuiacius autem *d.obſer.4.* de legibus caduciariis, Iulia videlicet & Papia 321
Poppæa *d.l.fin.* n exponit: quem tacito nomine, refellit *Hotoman. d.cap.3.*

n *Lex fin. infr. reg. Caton. ſic habet:* regula Catoniana ad leges nouas nõ pertinet. Id eſt (inquit Cuiac.) ad legẽ Papiam. Excipit Dn. Hotom. *d. l. fin.* in plurali loquitur, de legibus nouis. At lex Papia Poppæa vnica eſt. Replicat Cuiac. leges caducarias eſſe legẽ Iuliam & legem Papiam Poppæã. Duplicat Dn. Hotom. Si regula Catoniana non pertinet ad leges caducarias: Ergo leges caducariæ adhuc vigent: ſi adhuc vigent: Ergo per eas regula Catoniana ex vniuerſo iure eſt ſublata atq; exploſa. Quia leges caducariæ pugnãt cum regula Catonis. Leges n. caducariæ voluerunt legata cedere a die apertarum tabularum, & ſuſtulerunt ius vetus, quo cederent a die mortis. At regula Catoniana pertinet ad ius vetus. Iure veteri exploſo, exploditur & regula Catoniana, q̃ illuc ſpectat:

Notandum

Notandum tamen ad validitatem legati requiri, vt nec tempore mortis impedimentum ſubſiſtat. Nam ſi tunc obſtaculum ſubeſſet, legatum foret inutile, non propter regulam Catonianam, (quæ non loquitur in impedimento ſubſiſtente tempore mortis tantum, ſed ſolum de ſubſiſtente tempore teſtamenti) ſed propter regulam iuris, quod inutiliter cederet dies, impedimento ſubſiſtente, *Caſtrenſ. d. l. 1. num. 4. verſic. tertio requiritur.*

Summa omnium, quæ dixi de regula Catoniana, hæc eſt: In legato ſpectamus tempus teſtamenti, quo ad capacitatem.

1. Fallit in duplici genere legatorum, quorum dies non à tempore mortis cedit, ſed aliunde pendet: qualia ſunt 1. legata conditionalia, 2. & illa, quorum dies ab adita hęreditate cedit.

2. Declara. Nam vltra prouiſionem regulæ Catonianæ, neceſſe eſt, vt & tempore mortis in legatis nullum obſtaculum ſubſit, quod ceſſionem impediat.

Videatur autem *Caſtr. in d. l. 1. per tot. Cuiac. Hotoman. VVeſenbec. locis relatis.*

322 S E C V N D O, ad inſtitutionem validam omnia ea requiruntur, quæ in genere ad teſtamentum ſupra, in ſecundo requiſito, neceſſaria eſſe dixi.

T E R T I O requiritur, vt ſecundum iuris formam inſtituatur, non ex certo tempore, aut ad certum tempus, per prædicta.

Q V A R T O requiritur, vt hæres certus inſtituatur, *l. quoties. 9. §. hæres autem. infr. hæred. inſtit. Clar. §. teſtament. quæſt. 36. num. 1.* quibus ea, quæ ſupra in teſtamento cœci, requiſito quarto dicta ſunt, addantur. Sufficit tamen hæredem demonſtrari aliter quam nomine proprio. Nemo enim dubitat recte ita hæredem nuncupari poſſe: hic mihi hæres eſto: quum ſit coram qui oſtenditur, *l. nemo. 58. in princip. ibi Bart. & DD. infr. hæred. inſtit. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 4 tit. 3. num. 9.* Ita ſi quis nomen hæredis quidem non dixerit, ſed indubitabili ſigno eum demonſtrauerit, valet inſtitutio, modo demonſtratio contumelioſa non ſit, *d. l. quoties. §. ſi quis nomen.* Turpes enim demonſtrationes, quæ denotandi magis hæredis gratia ſcribuntur, odio teſtatoris pro non ſcriptis habentur, *l. turpia. 57. infr. legat. 1.* Aliud in illa inſtitutione eſt, ſi ita ſcripſero: filius meus impiiſſimus, male de me meritus, hæres eſto. Hæredem namq; cum maledicto inſtitui poſſe conſtat: quum maledictum *o* non contumeliæ, ſed admonendi atque obiurgandi cauſa alicui dici poſſit, *l. his verb. 48. §. illa inſtit. infr. hæred. inſtit. Duar. hic ſub rubr. de hæred. inſtituen. c. 3. verſ. hic reperiuntur duo capita.*

o Maledictum eſt corrigentis, cõtumelia nocẽtis. Quis autẽ corrigat, quis contumeliam inferat, ex perſonarum & rerum circumſtantiis liquet. Gloſſa *in d. §. ſi quis nomen.* putat maledictum generice fieri, (puta, filius meus impiiſſimus, & male de me meritus, hæres eſto) contumeliam autem ad ſpeciem eſſe directam. (vt, Titius, qui eſt ſcortator, adulter, homicida, &c. ſit hæres.) Nota tamen: Etſi ea, quæ pater teſtamento ſuo, filios increpans, ſcripſit, infames filios iure non faciant: apud bonos tamen & graues opinionem eius, qui patri diſplicuit, onerari, *l. ea quæ. 13. C. ex quib. cauſ. infam. irrog* Ex quo textu notat *Iacob. Butrig. in tract. de teſtib. num. 40. verſ. quadrageſimo primo.* talem à teſtimoniis repelli.

323 Ex hoc autem requiſito deducitur, in teſtamento neceſſarium eſſe, vt teſtator in teſtamento & maxime circa inſtitutionem hæredis non errauerit. Quam ſententiam 19. modis ampliat *Vaſq. de ſucceſſ. creat. lib. 2. §. 20. num 86. vſque 103.*

Amplia 20. ſi teſtator in corpore errauerit. Quoties enim volens alium hæredem ſcribere, alium ſcripſit in corpore hominis errans, placet neque eum hæredem eſſe, qui ſcriptus eſt: quoniam Voluntate deficitur, neque eum, quem voluit: quoniam ſcriptus non eſt. Puta, ſi quis ita

dixerit:

dixerit: hunc ego fratrem meum instituo: quum Titius in eius conspectu esset, quem fratrem suum errore ductus existimaret. Hæc enim institutio adeo inutilis est, vt neuter institutus esse intelligatur. Nam licet hic de voluntate testatoris constet, quæ in testamētis magis spectanda est, quam verba: Vt proinde is, qui testatoris voluntatem habet, fundata intentione niti videatur: Quæ sententia Tuberoni placuit: aliud tamen visum est Seruio, qui fuit gener Tuberonis, cuius sententia recepta est. Euidens enim voluntas eum iuuare non potest, qui scriptus non est. Neque obstat ratio dubitandi de Voluntate testatoris: quum inter omnes conueniat, in illis actibus, in quibus sola Voluntas non sufficit, aliud esse, velle agere, & aliud, agere. Hic autem sola voluntas non sufficit ad institutionem hæredis. Oportet enim eum nuncupari vel scribi: oportet Voluntatem aliquo modo exprimi verbis idoneis. Et si sola Voluntas sufficeret in testamento, quorsum tanta solennitas adhiberetur, quantam adhiberi necesse est, *d. l. quoties.9. in princ. ibi DD. infr. hæred. instit. l. Labeo* p *7. circa fin. infr. supell. leg.* Et ita hæc luculente explicat *Duar. hic sub rubr. de hæred. instit. cap.3. vers. hic reperiuntur duo capita. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 4. tit. 5. num. 2. Graff. §. institutio. q. 29. num. 3. vers. tertius casus.*

p *Ad l. Labeo. videatur Alciat. lib. 1. dispunct. c. 5. Iacob Reuard. lib. 4. ambig. c. 3. Marc. Mantua lib. 12. singul. c. 287. Alber. Gentil. de legatio. lib. 1. cap. 14. Delrio in remiss. pag. 101. volum. reg tomo 2. lib. 19. reg. incip. Vsus communis loquendi. fol. 477.*

Amplia 21. si in causa finali institutionis, puta, in coniunctione erratum sit. Ergo si Titius aliquem quasi filium suum hęredem instituit, quem falsa opinione ductus, suum esse credebat, non instituturus, si alienū nosset, isque postea suppositus esse ostensus est, auferendam ei successionem, Diuorum Veri & Antonini placitis continetur, *l. neque professio. 5. C. testam. l. si pater. 4. l. nec apud. 7. C. hæred. instit. l. eam, quam. 14. ibi, quod rescripsimus. C. fideicommiss. Vasq. de success. progress. in præfat. num. 76. Euerhard. cons. 234. num. 6.* Et optime hanc materiam de errore circa causam finalem explicuit *Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 4. per tot. addatur & Graff. d. quæst. 29. num. 4. vers. quartus casus.* 324

Amplia 22. in eo, qui conditionem destinans inserere, non addit. Nam hæres ita scriptus pro non instituto est, *d. l. quoties §. tantundem.* q *in primo responso ibi DD. & Cuiac.* Aliud in hac institutione est (hęres esto secundum conditiones infra scriptas) nulla conditione adscripta, *l. 2. infr. hæred. instit. l. pen. C. instit. & substit.* Si enim testator volens institutionem conditionalem scribere, puram scribat, procul dubio error est: sicut dum vult Titium scribere, Caium scribit, *d. §. tantundem.* At in altera scriptura nullus error est, sed remisisse testator videtur, qnod postea non adscripsit, *DD. in d. §. tantundem. ibi notanter Cuiac. Bolog. l. 1. §. si vir vxori. nu. 70. infr. acquir. poss. Tib. Decian. cons. 13. num. 22. lib. 1. Graff. d. q. 29. num. 5. vers. quintus casus.*

q Nota: textus §. *tantumdem.* loquitur de errore. Ad errorem requiritur 1. Vt constet de volūtate non simpliciter, sed de voluntate post testamentū perseuerante, quod voluerit conditionalē dispositionem scribere. 2. Quod conditionem per errorem omiserit, vel quod idem est, per errorem puram scripserit. Hic, inquam, est error. At in materia *l. 2. & d. l. pen.* constat quidem de voluntate, sed non perseuerante. Ergo qui in testamento meminit conditionis, si postea non adscribat, remisisse eam putatur. Hic non est error. Quum n. dicimus erratū, duo his verbis complectimur: Dicimus 1. quod voluerit vnum instituere sub conditione. 2. quod aliud fecerit. Ita *Duar. loco præcit. vers. superius.*

Amplia 23. si scilicet testator ex errore existimans hæredes mortuos, prius testamentum remoueat, & aliud condat, *Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 18. nu. 22.* Nam in priori testamento scripti hæredes erunt, & legata ex posteriori testamento præstabunt, *l. fin. ibi DD. & Alphan. in report. n. 786. Delrio in remiss. pag. 85. infr. hæred. instit. Marc. Mantua lib. 5. singul. cap. 109.* 325

Declara hæc 1. si per errorem tabellionis institutio scripta nō sit: quum quidem de testatoris voluntate constet. Nam is error testamento non nocet, *l. error. 7. ibi DD. C. de testam. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 4. tit. 1. nu. 5.*

Decla-

326 Declara 2. Si in nomine, vel prænomine, seu cognomine, seu agnomine, aut in patre, vel patria, vel alia simili assumptione falsum scriptum est, dummodo de eo, qui demonstratus sit, constet, institutio valet. Nihil enim opus est verbis, cum res, cuius gratia comparata sunt, certa est & intelligitur, *l. his verbis 48. §. fin ibi DD. infr. hæred. instit. l. si in nomine. 4. ibi DD. C. de testam. Duar. d. cap. 3. ad princip. Brisson. lib. 7. formul. fol. 663. vers. hæres plane institui. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 5. num. 1. Socin. reg. 158. error in nomine. Duen. reg. 256. error in nomine.* Quinimo qui frater non est, sed fraterna charitate diligitur, recte cum suo nomine sub appellatione fratris hæres instituitur, *l. nemo dub. 58. §. 1. infr. hæred. instit. l. falsa demonst. 33. in princip. infr. condit. & demonstr. Briss. & Mant. locis relatis.*

327 Declara 3. Nam licet perfecte persona hæredis certificetur, si nomen eius cum aliis signis indicantibus ponatur: sufficit tamen ad hoc, vt hæres certus esse dicatur, si nomen eius exprimatur. Ergo qui probat nomen suum in testamento positum esse, hæres est, & obtinet, nisi sint plures eiusdem nominis, cuius probatio aduersario incumbit. Nam pluralitas non præsumitur. Ergo is, qui hoc allegat, ostendere tenetur alium quendam eiusdem nominis reperiri, habentem easdem domonstrationes, vt proinde incertitudo subsit, *Bart. in l. si quis seruum. §. si inter duos. num. 1. ibi Castr. num. 2. & 3. infr. legat. 2. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 3. interpr. 1. dub. 4. solut. 1. num. 2.* Et si probetur, alius esse eiusdem nominis, tum is, qui ratione consanguinitatis, amicitiæ, conuersationis, aut alia de causa de se testatorem sensisse probat, obtinebit, *Bart. in l. duo sunt Titii. num. 2. sup. test. tut. Franc. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 6. Sim. de Prat. d. solut. 1. num. 2. & 3.* textus sunt expressi *in l. in tempus. 62. §. fin. infr. hæred. instit. l. falsa demonstratio. 33. in princip. infr. condit. & demonst.* Et quid si sint duæ Ecclesiæ eiusdem nominis, quibus relictum est, tradit *Roland. de testam. part. 1. tit. 11. nu. 7. Tiraq. de iure primigen. q. 17. nu. 16.* qui per totam illam quæstionem, & omnes eius opiniones latissime de incerditudinis materia disserit.

328 Declara 4. Nam incertitudinem in multis casibus ipsa lex declarat, puta, si testator instituat propinquos. Intelliguntur instituti, qui sunt in potiori gradu. In dubio enim intelliguntur vocati ex testamento qui sunt successuri ab intestato. Quoniam verba testatoris debent referri ad intellectum iuris communis, *Mant. d. tit. 6. num. 3. Sim. de Prat. d. solut. 1. num. 4. 5. 6. l. cum ita.* [r] *33. §. fin. ibi Bart. Bald. Imol. Alberic. & Castrens. infr. legat. 2.* Pro cuius insignis textus declaratione vltra DD. ibi, videatur *Didac. Conarru. lib. pract. quæst. cap. 38. num. 3. Gabr. Roman. lib. 4. recept. conclus. tit. de fideicommiss. conclus. 3. Francisc. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 8. tit. 12. num. 13. Alphan. in reportat. num. 605. & Delrio in remiss. pag. 93. Ruin. cons. 22. num. 13. consil. 92 num. 8. consil. 159. num. 22. lib. 2. consil. 128. num. 16. lib. 3. Cephal. consil. 313. num. 19. & 64. cons. 318. num. 72. cons. 353. num. 52. & 72. cons. 457. num. 4. & 9. consil. 473. num. 34. cons. 493. num. 43. Bolognet. in cons. soltuago pro Triuultiis. num. 45. & 108. Alciat. respon. 213. num. 1. lib. 9. Porc. cons. 52. num. 4. 7. 8. Tiber. Decian. cons. 1. num. 337. lib. 1.* Ita si instituantur pauperes, lex declarat incertitudinem, *Sim. de Prat. d. solut. 1. num. 7.* vt dixi, in primo requisito institutionis *versic. XI. incerta persona.* Idem est in duobus aliis casibus, quos annotauit *Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 6. num. 4. & 5.*

329 Declara 5. Nam incertitudo declaratur ex commissa electione, quando videlicet tertio alicui committitur electio incertarum personarum de certis, vt multis in id adductis tradidi ad definitionem circa regulam

l. illa

[r] Alias est *l. 32. Bart. ibi casum talem proponit:* lego familiæ & Petro & Ioanni: Quæritur de ordine, quo pacto succedere debeãt. Baldus rem perspicue exponit. In legato familiæ succeditur secũdum ordinem charitatis & affectionis, saluo, quod specialiter nominati, sunt cæteris præferendi. Nominati ergo præferuntur, sed nõ omnes simpliciter, sed quodam ordine, vt qui ex his sunt proximiores, illi præferãtur: & qui ex eis descẽdunt, quib. extinctis, reuertimur ad alios, secundum ordinem, &c. Monet autem Castr. cum hoc textu iungendam *l. fin. C. de verb. signif.*

l.illa institutio. infr. hæred. instit. fallent. 2. Quibus nunc addatur *Sim.de Prat. d.solut.1.num.9. Mant.de coniect. vlt.volunt.lib.4.tit.3.num.12.vers.octauo deducitur.*

Declara 6. Nam incertitudo ex futuro aliquo euentu declarari potest, *l.si seruus.111.§.huiusmodi.infr.legat.1.Roland.de testament.part.1.rubr.11.num.4. Sim.de Prat. d.solut.1.num.10.*

Declara 7. Nam implicita institutorum nominatio declaratur ex relatione, vel coram sufficienti numero testium per testatorem facta ad certam scripturam, quod ea sit testamentum, vel ex relatione facta in scriptura testamenti, se referente ad aliam scripturam, de cuius fide non sit dubium. Paria enim sunt in testamento aliquid exprimere specifice, vel per relationem ad aliud. *DD.in l.hæredes palam.in princip. ibi remissiue Bart.num.8. Bald.num.5. Castr.num.2.l.asse toto.77.ibi DD. infr. hæred.instit.late Gabr.Rom. lib.4.recept. conclus.tit. de testam.reg.11.per tot. latius Tiraquel.de l. connubial.gl.7. num.87.* ibi de tribus generibus expressim agit, *cum multis seqq.maxime n.182. Vasq. de success. creat. lib.2.§.17. num.53.cum seqq. Mant. de coniect.vlt.vol.lib.4. tit.3.nu.11.versic septimo. Iul.Clar.§.testamentum.q.36.Sim.de Prat.d.sol.1.nu.12. Zunt. in responso pro vxore, n.500.& ibi Ludou. Lana in tractatu de formulis testamenti nuncupatiui & clausi, vna cũ responso illo excuso, per discursum maxime n.47. atq; luculentissime in consiliis duob.subiectis* vbi hanc materiam pulchre exposuit, *Petr.Greg.in syntag.iur.libr.42.c.9.n.7. Clar.§.testam.q.4.nu.3.Mascar.lib.3. de probat.concl.1352.n.73. luculentissime & optime declarat Dom.de Magd.de num. testium in test.requisito part.1.c.27.n.10.cum seqq. Grass.§.instit.q.16.n.2.cum seqq.* 330

QVINTO requiritur, vt hæres expressim instituatur. Ergo proprio ore hæredem testator palam coram testibus nuncupare, aut ipse per se aliumve scribere debet, *l. hæredes palam.21. in princip. h.tit.n.l.iubemus.29.cum Auth. ibi posita.C.de testam.* Quum ex coniecturis solis s nemo hæres nuncupatus, aut scriptus intelligatur, *l. vnic.infr.si tab.test. extab.* t *DD.in l.Gallus. in princ.ibi Bologn.num.125.131.infr.liber.& posthum.Vasq.de success.creat.lib.2.§. 17.num.51. Mant.de coniect. vlt.volunt. lib.4. tit.1.num.26. Benedict.d.c.Raynut. verb.in extremis positus.num.39. Clar.§.testamentum.quæst.35.num.2.Grass.§.institutio.q.17.num.1.& seqq.* 331

s Aliud si ex coniecturis & aliis expressis colligatur, *Magdal. d.part.1. cap. 15. num.11. vide infr. versic. declara hoc requisitum primo.*

t Testamẽtum incisum à testatore non sanæ mentis, non rumpitur *l. fin.infr.iniust.test.* Idem si contra eius voluntatem incidatur, *l.pen.C. testam.* Sed quid si post consummationem inconsulto nomen hæredis deletum sit, vt legi non possit, vtrum testamentum infirmetur? In *l.1.§.sed si legi. & §.sed consulto.infr.his quæ in testam.del.* dicitur, testamentum non infirmari. At hoc pugnat cum *d.l.vnic.* ex qua colligitur, scripto hæredi bon.possess. secund.tab. non dari, amisso vel deleto testamento ante mortem testatoris. Quoniam necesse est, tabulas exstare mortis tempore. Cuiac. *in d.l.1. infr. his quæ in testam. del.* post Accursium distinguit inter ius prætorium & ciuile. Probabilius autem esse videtur, quod ad *d.l.vnic.* Charondas notat, textum de voluntatis coniectura loqui. Puta, penitus deletum est nomen, vt legi prorsus nequeat: & oritur proinde quæstio de voluntate & quibusdam coniecturis. Quæritur, an eas sequi debeamus? Dixit IC. Paulus, quod non. Quia ex coniectura non proprie scriptus hæres videtur. Vel dic DD.distinctionem veram. & cur bon.possess. non detur in casu, quo penitus deletum est, rationem decidendi eam esse, quæ adfertur in textu, quod ex coniectura non proprie scriptus intelligatur. Vide quæ dico *infr.ad l.hæredes palam. §.si quid post.h.tit.n.*

Estque decidendi ratio, quod & intestatus decedens tacite videatur instituere venientes ab intestato. Ergo vt successio legitima à testamentaria differat, hæc expressa, illa tacita defuncti voluntate nititur: & quæ ex testamento relinquuntur, datiua atque dispositiua, quæ ab intestato ad aliquem pertinent, permissiua relicta dicuntur, *l.si quis.3. in princ.ibi Bart. num.1. & l.conficiuntur.8. in prin. infr. iure codicill. Mant. de coniect.vlt.volunt. lib.4.tit.1.num.9.* Tacita ergo Voluntas, licet plena & efficacissima, ad testamentum aut similem actum non sufficit, vbi aliquid amplius requiritur pro forma, *l.1.§.si quis ita.* u *infr. verb.obligat. DD. in l.Gallus.ibi Bologn.nu.125. infr.*

u Ad stipulationẽ interrogatio & responsio necessaria sunt pro forma. Ergo qui capite tantum annuit, neque naturaliter, neque ciuiliter obligatur.

infr. lib. & posthum. Mant. de coniect. vlt. vol lib. 4. tit. 1. nu. 28. Sed oportet eam nuncupari, aut scribi, vt supra explicatum est, Duar. hic sub rubr. de hæred. instit. cap. 3. vers. hic reperiuntur duo capita. Imo ne expressa quidem: puta, nuncupata, aut scripta semper sufficit, Bologn. ad d. l. Gallus. num. 131. sed verbis aptis atque conuenientibus hæredis institutio facienda est, vt supra ad principium huius materiæ annotatum est.

Atque hinc infertur 1. hæredem institutum non intelligi, qui in testamento scriptus non reperitur, Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 1. num. 5. & 6. vbi hanc sententiam duobus modis, puta, in hæredis omissione ex errore Notarii facta, & vbi ex confessione x aduersarii hæres certificatur, limitat.

x Vtrum confessione partium testamentum subsistat, late tractat ex communi DD. sententia Dom. de Magd. in tr. de num. testium in testam. requis. part. 1. cap. 2. num. 25 vsq. ad fin. & cap 4 nu 19. cum seqq & infra D. V. in materia testium dicetur.

Hinc infertur 2. testamentum nutu conditum, nihil valere, qua de re supra aliquid est annotatum. Quod DD. in testamentis ad pias causas limitant, videatur Tiraq. de priuileg. piæ causæ priuil. 8. Bened. d. cap. Raynut. verb. adiiciens vt Alterocha. nu. 26. & verb. in extremis positus. n. 39. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 20. requisito 22. n. 191. Idem de success. progr. lib. 1. §. 1. n. 177. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 4. tit. 4. nu. 6. vsq. 11. Grass. §. institutio. q. 17. nu. 2. 3. 4.

332 Infertur 3. eum qui articulate loqui y non potest, (vt videlicet intelligatur) mortuo similem esse, & hæredem per nuncupationem facere non posse, l. iubemus. 29. vers. si enim talis. ibi Bart. num. 1. C. eod. Aliud in eo, qui propter morbi acerbitatem linguam quidem ingrassatam habet atque balbutientem, sed intelligibilem: eius enim testamentum ita confectum, dummodo sanæ mentis fuerit, tenet, l. quoniam indignum. ibi DD. & Alex. num. 4. C. eod. Constit. Imperii von Notarien Anno 1512. Coloniæ erecta, sub rubr. von Testamenten / versic. Item / es gehört zu einem Testament / & vers. seq. Constit. Saxon. part. 3. cap. 5. Corn. consil. 261. num. 24. lib. 4. Alex. consil. 33. num 7. lib. 3. qui ait, articulate loqui esse intelligibiliter loqui, ita quod exaudiatur, addit. ad Dec. consil. 489 verb. articulate. Ruin. cons. 12. num. 8. 9. lib. 2. luculentissime Cephal. cons. 546. num. 1. & seqq. num. 29. & seqq. num. 57. & seqq. Et licet is, qui ad interrogationem: num Caium hæredem facere velit: respondet, Sic, articulate loqui intelligatur: quum testamentū ad interrogationem factum non teneat, nisi testatoris vox articulata sit, Cyn. post Petrum in l. iubemus. num. 5. ibi Alex. num. 9. Ias. nu. 12. qui omnes ita docere aiunt. C. eod. tit. Rom. conclus. 2. lib. 4. tit. de testam. Clar. §. testam. quæst. 37. num. 6. dicens ita loqui omnes. Grass. in lib. recept. sent. §. institutio. quæst. 17. num. 8. Eius autem testamentum, qui per Monosyllabū Sic respondit, omnino teneat ex receptissima DD. sententia, de qua per eos in d. l. iubemus. & in l. 1. § si quis ita. infr. verb. oblig. Rom. d. reg. 2. Clar. d. quæst. 37. num. 2. Grass. d. quæst. 17. num 5. Cephal. d. cons. 546. num. 92. cum seqq. Tamen hæc opinio in testatore valde infirmo & morti vicino defendi non potest. Hoc fuit thema Pylei quæst. 110. qui dixit, nullibi in iure reperiri, quod quis vna syllaba testari possit. Addidit Albericus Papiensis grauiter infirmos & quasi mortuos, ad omnia fere vno modo respondere, dicendo Sic, Corn. cons. 232. nu. 4. cons. 319 nu. 2. lib. 1. Marian. Socin. cons. 183. num. 19. 20. etsi dissentiat Bolog. d. §. si quis ita. num. 65. Et constat ex vno verbo non deprehendi mentis sanitatem, sicut ex multis aliisque circumstantiis. Ideoque Socrates dicebat: loquere, vt te videam. Et ita Petrus quoque communis opinionis contra Iacobum de Arena author, & qui cum illo faciunt, sensere, vt constat ex iis, quæ scribit Cyn. in d. l. iubemus. n. 5. Castrens. in d. l. 1. §. si quis ita. num. 7. infr. verb. obligat. idem in l. hac consultiss. §. at quum humana. num. 2. C. eod. & in consil. 155. viso puncto & allegationibus. num. 2.

y Quid sit apud DD. articulate loqui, require ex iis, quę notata sunt supra num. 234. in addit. incip. Valebit tamen, &c.

vbi hoc in puncto Alberici Papiensis sententiam probat *lib.1. Ludou. Rom. in l. gerit. num.10. infr. acquir. hared. Rom. d. conclus.2. num.6. Mant. lib.2. tit.6. num.9. Grass. d. q.17. num.7. egregie Alciat. cons.77. num.12. & n.17. libr.9. Gabriel Mudaeus & Ioann. Camesius cons.32. num.13. inter cons. Molin.* Defendi tamen poterit eiusmodi dispositio, quum testator est sanae mentis, & certum est, quod testari voluit, *Clar. d. quaest.37. num.7. in fin. Menoch. de praesumpt. lib.4. tom.1. praesumpt.8. num.23. vers extenditur octauo, si non vt testament. saltem vt fideicommiss Zas. in d. l.1. § si quis ita. nu.8.9.10. vide quae supra dixi de testamento caeci. & infr. ad l. iubemus C. eod. vide supr. num.234.*

Declara hoc requisitum 1. Nam & tacita institutio viribus subsistit, si modo ex verbis, quibus testator vsus est, bona consequentia colligatur: aliud in ea, quae ex verbis non resultat, *Mant. de coniect. vlt. volunt. d. tit.1. num.8. Dominic. de Magdal. de numero testium in testam. requis. part.1. ampliat.12. cap.15. per tot.*

Infer 1. ad casum *l. fin. C. hared. instit. Mant. loco praecit.* Ad quem textum vltra *DD. & Alphan. in reportat. num.835.* videatur *Francis. Rip. in l. hared. nu.10. infr. vulg. & pupill Bolog. in l. Gallus. num.138. infr. lib. & posthum. Cephal. cons.393. num.137. cons.429. num.142.*

Infer 2. si testator faciat testamentum secundum consilium Galli, scilicet per illa verba: (si filius meus, me viuo, morietur, nepotem instituo:) 333
& ex aliquibus coniecturis constet, quod testator voluisset facere institutionem: puta, si in aliqua parte testamenti filium nominet haeredem, tum hodie per hoc institutum filium intelligi. Filii enim positi in conditione, in dispositione positi intelliguntur, si adest Voluntas testatoris aliunde elicita. Atque ita Bartoli explosam sententiam eleganter explicat *Bolog. in d. l. Gallus. num.149.* licet alias, si videlicet de eo iure quaeratur, quod tempore Galli Aquilii obtinuit, filii positi in conditione, vocati non intelligerentur, sed expressa requiretur filii institutio. Quae sententia contra Bartolum ζ receptior est, latissime *DD. omnes in dict. l. Gallus. vbi eleganter Bolog. num.123. vsque 151. Benedict. d. verb. adiiciens vt Alterocha. num.23. cum seqq. & verb. in eodem testamento relinquens. el 1. num.224. fallent.22. Clar. d. §. testament. q.35. num.2.3. eleganter Franc. Mant. de con. vlt. vol. lib.4. tit.1. num.17. vsq. ad fin. Grass. §. institutio. q.17. num.1. & 2.*

ζ Bartolus putat, testamentum secundum formulam Galli factum, nulla expressa praecedente institutione filii, valere. Et haec est originalis sententia ipsius, contra quam tenent DD. communiter. Vtriusque sententiae fundamenta doctissime colligit *Bolognet. d. l. Gallus. in princ. num.123. cum seqq.* Bartoli autem sententia vera non est, nisi secundum tempora nostra, quo formulae institutionum sunt sublatae, quando scilicet constat, quod testator pro omni tempore testatus decedere, & institutionem facere voluerit, ita quidem, vt ex verbis, id est, ex formula Galli, iuncta cum coniecturis, bona consequentia eliciatur institutio. Hodie haec contentio in tres est distincta opiniones, earum fundamenta tractat Mantic. loco praecitato: Ipse communi adhaeret.

At in iis, qui non necessitate iuris, sed voluntarie instituuntur, vt in 334
collateralibus, consentiunt DD. quo ad validitatem testamenti & substitutionis, tacitam sufficere institutionem. Ita dicit *Benedict. d. verb. adiiciens vt Alterocha. num.23.* & eius dictum simpliciter refert & sequitur *Clar. d. quaest.35. num.2. Petr. Gregor. in syntag. iur. lib.42. cap.9. num.6.* Puta, aliquis ita haeres instituitur: si legitimus haeres vendicare nolit haereditatem, vt est in casu *l. si quis 82. infr. hared. instit.* Nam testator substituendo venienti ab intestato videtur ipsum tacite inuitasse, vt proinde haec tacita quaedam institutio sit, ex mente testatoris.

Contra

Contra hanc tamen sententiam tenet decem fundamentis *Gomez tom. 1.cap.3.num.23.* Quum verius sit, si ita hæres instituatur, si legitimus hæres vendicare nolit hæreditatem, haudquaquam institutionem & substitutionem, sed tantum conditionalem institutionem factam intelligi: & caussam intestati ex voluntate defuncti præferri causæ intestati. Et ita illum textum intelligunt *DD. in d.l. Gallus. in princip. ibi Bolog. num.125. Paul. Leon. in prælud. substit. num.38. & de vulg. substit. numer.45. Vasqu. de success. progress. lib.2. §.16. numer.31. Gomez. dict. cap.3. num.23. versic. secundo facit. ibi notanter Soarez. in addit. num.19. Alphan. in reportat. num.667. Grass. d. §. institutio. quæst. 17. num.1.*

Atque hinc liquet in simplici conditione positos, haudquaquam in dispositione positos intelligi, quo ad institutionem videlicet hęredis, quę, vt dixi, sola testatoris voluntate haudquaquam consistit, sed expressam eandemque idoneam dispositionem. Quid autem sequendum sit, quando de tacito fideicommisso quærimus, an filii eius, qui institutus est, in a conditione positi, vocati intelligantur, nec ne: puta, si testator ita cauerit: instituo Titium mihi hæredem, voloque, vt si sine filiis decesserit, restituat hæreditatem Mæuio, tradit *gl. fin. in l. Luc. 85. infr. hæred. instit.* & amplissime atque latissime explicant *Gabr. Roman. lib.4. recept. conclus. tit. de fideicommiss. conclus.4. per tot. Porc. reg.12. lib.2. Clar. §. testament. quæst. 77. cum duab. qq. seqq. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib.11. tit.2. cum seqq. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib.3. interpret.3. dub.2. sol.2. per tot. Petr. Greg. in syntagm. iur. part.3. lib.42. cap.28. num.21. cum seqq. Tiber. Decian. cons.9. num.1. & cons.44. nu.5. lib.3. Grass. §. fideicom. q.13.14.*

a De quæstione, an positi in conditione intelligantur tacite vocati & instituti, vide text. *in l. ex facto.19. inf. hæred. instit.* cum iis, quę notat *Gouean. lib.2. var. lect. cap.16.* Vnde disces, hanc quæstionem non esse nouam: sed iam olim inter veteres fuisse disceptatam, vt recte iudicat Chifflet. *in tr. de substit. cap.12.* vbi ad alios quoq; textus respondit, qui pro contraria sententia adducũtur: quod & ante eum, post Lancellotũ Politum præstitit Leon. *in tract. vulgar. substit. num.* 47 48. quib. omnibus addere potes, quæ dixi ad *l.1 qu.3. ad princ. infr. vulgari substit.*

335 3. Hinc infertur ad casum *l. cum in testam.37. §. hæc verba. infr. hæred. instit.* Hæc enim verba, Publius, Marcus, & Gaius inuicem substituti hæredes mihi sunto: sic interpretanda sunt, vt breuiter videretur testator tres instituisse hæredes, & inuicem substituisse. Vnde DD. colligunt, si in testamento non legantur nisi reciprocę substitutiones, ita interpretandam dispositionem, vt etiam procedat institutio, *Bened. d. verb. adiiciens, vt Alterocha. num.27. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib.3. interpr.1. dub.1. solut. vnic. num.2. Mant. de coniect. vlt. vol. lib.4. tit.1. num.12.*

4. Quum institutio tanquam fauorabilis benigna interpretatione iuuanda sit: hinc ergo inferri potest ad casus, quos tractat *Mant. de coniect. vlt. vol. lib.4. tit.3. num.3. cum seqq.*

336 Declara hoc requisitum II. in iis institutionibus, quas fictas seu interpretatas dicimus: quando videlicet constat, institutionem factam non esse: sed ius ex æquitate fingit atque interpretatur dispositionem testatoris, quasi testator hæredem instituerit eum, qui institutus non est. Etsi enim ex coniectura nemo hæres institutus intelligi possit, *l. vnic. infr. si tab. test. ex.* Quum verbis expressis hæredes debeant institui: tamen hoc solum procedit in coniectura hominis, non in coniectura legis, *Fran. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib.4. tit.2. num.11.*

Infer I. ad *cap. cum tibi. de testam. in antiq.* Nam si in testamento ad pias causas condito, non apparent instituti hæredes, Commissarii siue executores dati intelligantur loco hæredum, vt scilicet solo nomine hæredes sint, & bona in pias causas distribuant. Ita post alios docet *Mant. de coniect. vlt. volunt. lib.4. tit.1. num.7.* Verum de huius sententiæ veritate & de intellectu *d.c. cum tibi.* supra ad definitionem satis superque dictum est, quo me nunc remitto.

Infer 2. ad casum *l.3. C. inoffic. testam.* vbi repentini casus iniquitas per coniecturam maternæ pietatis emendatur, *Bologn. d.l. Gallus. nu.131. Mant. d.lib.4. tit.1. n.10.* Et ad *d.l.3.* videatur vltra *DD Delrio in remiss pag.186. Vasq. de successʃ. resolut. lib.1.§.9. num.78. late idem lib.3. ad d.l.3. Mant. lib.5. singul. c.109. Mant. de coniect. vlt. vol. lib.4. tit.2.* qui ex *d.l.3.* decisionem illam concludit: quod institutio filiorum ex coniectura Voluntatis ad eum porrigatur, quē testator se habere ignorauit, *& lib.12. tit.1. num.15. & 21.* Qua tamen de re infra circa *Auth. ex causa. C. liber. præter.* disputabitur. Idem est de patre, si nato illi posthumo, antequam testamentum mutare possit, moriatur, *Bened. d.c. Raynut. verb. in eodem testamento relinquens. el 1. nu.226.*

Infer 3. ad materiam *l. fin. C. posth. hæred. instit. Bologn. d.l. Gallus. num.147.* Nam licet is, qui nondum natus est, *b* commodissime ita hæres instituatur, siue viuo me, siue mortuo, natus sit, hæres esto, aut etiam pure, neutrius temporis habita mentione: Si autem alteruter casus omissus fuerit, eo casu, qui omissus sit, natus rumpat testamentum: quum sine iuris suppletione, prouisio in vnum casum specialem facta ad alterum non pertineat: *l. commodiss. 10. infr. liber. & posth.* Iustinianus tamen illam formulam: si filius, vel filia intra decem mensium spacium, post mortem meam fuerint editi, hæredes sunto: Et illam: Filius vel filia, qui intra decem menses proximos mortis meæ nascentur, hæredes sunto: suppleuit, vt scilicet prouisio testatoris in vnum casum mortis facta, ad eum etiam pertineat, si posthumus, viuo testatore, editus sit, *l. fin. C. posth. hæred. instit.* Pro cuius textus sententia videantur *DD. in d.l. commodissime. ibi præ cæteris Cuiac. DD. in l. Gallus. ibi Bologn. num.160. & in §. & quid si tantum nu.131. Francis. Rip. in l. hæredes. num.92. infr. vulg. & pupill. DD. in d.l. fin. Paul. Leon. in materia vulg. substitut. num.88. & 97. Vasq. de successʃ. creat. lib.1. § 10 num.427. & lib.2. §.20. num.109. cum seqq. & de successʃ. progr. lib.1. § 4. num.45. & 46. Clar. §. testamen. q.76. nu.10. Gabr. Roman. lib.6. recept. conclus. tit. de reg iur. conclus.10. num.6. Gouean. lib.2. lect. iur. ciuil. cap.7. Alphan. in reportat. nu.296. 297.*

b Posthumus quinque modis dicitur: & de qua specie accipiatur statutum loquens de posthumo, tradit Angel. *in tr. de testam. gloss.78.*

Inter casus fictæ institutionis est *l. fin. C. posthum. hæred. instit.* cum qua pugnat *l. commodissime. infr. liber. & posth.*

DD plurima adferunt *in d.l. commodissime. & d.l. fin.* pro horum iurium concordia.

Et *Leon.* quidem *in materia de vulg. substit. num.88. ad fin.* Nota, inquit, hunc textum, id est, *l. fin.* directo contrariam esse *l. commodissime.* Nam *d.l. commodissime.* ait, prouisionem in vnum casum factam, ad alium non pertinere: contrarium decidit *d.l. fin.*

Traduntur autem plurimæ horum iurium conciliationes. Ego ad tres præcipue aduertendum arbitror.

Aliqui existimant hæc iura esse concilianda, vt prouisio testatoris in vnum casum facta, regulariter non porrigatur ad alium casum, per *d.l. commodissime.* nisi ex præsumpta mente defuncti, vt *in d.l. fin.* Hanc responsionem post multos alios sensere *Clar. Gabr. Roman. & Alphan. locis præcitatis.* Hanc explicat *Gouean. lib. lection. cap.7.* Qui tempus (inquit) post mortem præfiniunt, intra quod qui nascerentur, hæredes essent, vtrosque videtur instituisse: & qui viuo se, & qui mortuo nascerentur, modo intra decem menses nascerentur. At in *l. commodissime.* nullum certum præfinitur à testatore tempus. Vnde fit, vt tempus mortis ad vitæ casum non porrigatur. Hæc ille. Hanc sententiam, tacito authoris nomine, refellit *Cuiac. in d.l. commodissime.* Si vere (inquens) iudicare volumus, post mortem suam demum numerari decem menses testator voluit, &c. Addo ego, hos casus: vtrum testator certum tempus expresserit, vel non expresserit: non differre. Quando qui solum de tempore mortis meminit, iuri se conformasse, & tempus iure præfinitum expressisse intelligitur.

2. Opinio est Vasquii in locis præcitatis, de qua plurimum gloriatur. Ille putat regulam *d. l. commodissime.* (quod videlicet prouisio in vnum casum facta, ad alium non per-

pertineat) correctam *per d. l. fin.* quod etiam *Leon. & alii.* sentiunt: sed in explicatione, quam addit, ab aliis discrepat. Si filius (ait ille) sub conditione non potestatiua instituatur, reiicitur conditio, *l. quoniam indignum. & l. scimus. C. inoffic. test.* Sed quia hæ leges tantum loquuntur de filiis natis, non de posthumis, Imperator *in d. l. fin.* decidit idem esse in posthumis, vt conditiones non potestatiuæ (puta, si viuo, vel mortuo testatore nascantur, reiiciatur) & institutio pro pura sit. Quod (inquit ille) leges iam antea in natis statuerant, vt in illorum institutionibus conditiones potestatiuæ non reiicerentur: Idem *in d. l. fin.* in posthumis dispositum est. Ergo si testator sic instituat posthumum, si me viuo, nascatur, conditio reiicitur, & institutio pura est, vt proinde nil referat, viuone an mortuo testatore, nascatur.

Cæterum quod ad textum *d. leg. commodissime.* attinet, illa olim quidem procedebat, (ait Vasquius) hodie est reiecta: quum secundum eam conditiones non potestatiuæ tam de natorum quam posthumorum institutionibus reiiciantur. Et addit *Vasqu. de success. creat. lib. 1. §. 10. num. 427.* Nec quicquam egregium magis, vtilius, æquius, præclariusque vnquam hac declaratione ab vllo scribentium in hac materia reperies, &c. Et paulo post: omnes interpretes tanquam incautos & securos in reprehensionem vocans, dicit, illorum doctrinas esse contra suum intellectum, quem nullus vnquam cogitarit.

Sed hæc expositio plane absurda est. 1. Nihil Imperator agit *in d. l. fin.* de conditionibus non potestatiuis reiiciendis: neque vllum verbum de conditione facit. 2. Imo non potuit hac de materia ibi agere. Quia duas formas, alteram conditionalem, alteram non conditionalem inter se *in d. l. fin.* confert: & quo ad materiam hanc æquiparat, puta, hanc: si filius, vel filia intra decem mensium spacium post mortem meam fuerint æditi: & hanc: filius vel filia, qui intra decem menses proximos mortis meæ nascentur, hæredes sunto. Vnde apparet ea, quæ ille de conditione non potestatiua de posthumorum institutione reiicienda ibi disserit, illi materiæ plane non quadrare: quum Iustinianus nullam ibi vim in conditione faciat: sed duas inter se formas, alteram non conditionalem, alteram conditionalem, comparet, & vtroque casu definiat prouisionem, in vnum casum mortis factam, in alterum æque, si scilicet posthumus, viuo testatore, nascatur, factam intelligi. Deinde non intelligo, quo pacto conditio natiuitatis de posthumorum institutione reiici possit: quando illi semper tacita conditio inest. Non enim aliter institutus intelligitur, nisi nascatur, & quidem viuo, aut mortuo testatore, eum nasci oportet. Quare omisso hoc intellectu, aliam opinionem videamus.

Tertia ergo sententia est: quod hi sint casus speciales & distincti inter se, casus inquam vitæ & mortis. Quare prouisio in vnum casum facta, ad alium non pertinet, id est, si de Iureconsultorum interpretatione quæramus. Illi enim iura interpretantur, non supplent. At prouisio in vnum casum facta, ad alium pertinet, quo ad suppletionem, quam Imperator facere potest. Ita recte hæc exponit *Cuiac. in d. l. commodissime.* Et dixi quædam eodem pertinentia supra circa quæstionem, an disposita de morte naturali pertineant ad ciuilem, vbi obiter explicui, quid sit interpretatio, quid suppletio.

Hinc intelligitur casum *dict. l. fin.* pertinere ad institutionem interpretatam seu fictam.

Colligere etiam hinc licet, sicut omnis substitutio, aut expressa, aut tacita, aut ficta, vel interpretata est, quæ per legis suppletionem introducitur: Ita eandem diuisionem non male ad institutionem quoque accommodari. Quædam enim expressa est, quædam interpretata, quædam tacita, quam de verbis bona consequentia colligimus: hæc partim verbis, partim testatoris coniectura nititur.

337 SEXTO ad institutionem idonea verba necessaria sunt, vt supra ad principium huius requisiti quarti in *versic. quinimo non sufficit*, &c. expositum est, neque directa sufficiunt, sed cumprimis etiam requiritur, vt verba institutionis dirigantur ad hæredem institutum, non ad alium: puta, testator ex parte dimidia hæredi instituto per præceptionem fundum legauit, & ab eo ita petiit: peto, vt velis cohæredem tibi recipere in fundo Iuliano meo, quẽ amplius præcipere te iussi Claudianum nepotem

meum. Pars enim fundi nepoti non vt cohæredi in re certa, sed vt legatum ex causa fideicommissi debetur, *l. pater filium.37.§.fin.& l.Lucius.92.§.fin. infr. legat.3.* Ex quibus textibus DD. concludunt, quod verba importantia institutionem, ex re certa, faciant quem haberi loco legatarii, non cohęredis, si verba non ad institutum in re certa, sed ad vniuersaliter institutum dirigantur. Cui porro consequens esse docent, vt si ille, cui res certa hoc pacto relicta est, filius testatoris fuerit, quod per eiusmodi dispositionem non haberetur pro instituto, sed potius pro præterito, & proinde testamentum concideret. Ita *Bart. in d. l. pater filium. §. fin. Angel. in l. quoties. num.2. ibi Alex. nu.9.* monet bene hoc notandum, *C. de hared. instit. Castr. in Auth. nouissima. num.5.* dicens hoc perpetuo mente tenendum, *C. inoffic. test.* commendat eandem doctrinam *Bened. d. c. Raynutius. verb. in eodem testamento relinquens. el1. num.42.* sequitur *Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib.3. interpr.1. dub.3 sol. vnic. in fin.*

SEPTIMO ad institutionem hæredis requiritur, vt hæres instituatur vel in tota hæreditate, vel in parte hæreditaria, ita vt in ius vniuersum succedere intelligatur, *Duaren. ad tit n. h. sub rubr. de hared. instit. cap.3. versic. superius diximus, qua sit ratio instituendorum hæredum, &c.* & hæc propria interpretibus nostris institutio est. Institutionem namque in legitima impropriam, in re certa factam impropriissimam esse perhibent. Qua de re supra partim circa definitionem, super verbo, de eo, partim circa diuisionem institutionis hæredum dictum est. 338 339

Vide supr. num.279. DD. vt supra etiam memini, dicunt institutionem in legitima impropriam, aliam impropriissimam. Hæc docendi causa ita tolerari possunt: Sed si recte de omni hac diuisione loqui vellemus, expungi ea in totum posset.

Institutio in tota, vel quota hæreditatis fit: fit etiam in legitima: fit in re certa. Qua de re textus sunt *in §. caterum. in Auth. vt cum de appell. cognosc. in leg. quoties. ibi DD. C. hared. instit.* Hoc vere & recte dicitur. At eam, quæ in legitima fit, institutionem esse impropriam, aliam, quæ iure fit, impropriissimam. Hoc vero in disputationem deduci posse videtur.

Nam ad legitimam quod attinet, potest filius in certa re institui, & ei mandari, vt illa sit contentus: At ille nihilominus repletionem legitimæ petere potest, vt clare *text. d. §. caterum.* dixit. *l omnimodo 30. & l. scimus 36 C. inoff. testam.*

Ergo semper legitimam filius habere debet.

Hæc legitima non est certa res, vel certum corpus, sed quota, puta, vel triens, vel semis bonorum, *Auth. nouissima. C. inoff. test.*

Iam si legitima est quota bonorum, quæro à DD. quid obstet, quo minus institutus in legitima hæres proprie dici possit? Quia respondebunt DD. differunt quota bonorum & quota hæreditatis. Nam quota hæreditatis includit iura actiue & passiue, *l si quis seruum. 8. §. fin. infr. legat.2.* At quota bonorum excludit omnia iura passiua, *l subsignatum 39. §. bona. infr. verb. signif. Ias. in l. quoties. num.5. vers. duas alias solutiones. C. de hared. instit.* Vnde apparet eum, qui succedit in quota hæreditaria, plene & in totum repræsentare defunctum, & plene atque in totum ei surrogari, quo ad onera scilicet & commoda, adeoq; quo ad iura omnia, vt proinde proprie hæres dici possit. Eum autem, qui in quota succedit, tantum ex parte defunctum repræsentare, & plene atq; in totum ei non surrogari, sed tantum quo ad commoda, & propterea proprie hæredem dici non posse.

Verum ego hæc omnia retorqueo: Quia legitima quota bonorum est. Ergo institutum in legitima debita hæreditaria pro rata sua effectu ipso agnoscere oportet. Vt enim debita vniuersum patrimonium & omnium hæredum portiones, ita quoque legitimã minuunt. Wann der schulden viel seind/ so werden der güter desto weniger. Quare iura passiua etiam legitimam attingunt: attingunt, inquam, legitimam, antequam eius quantitas definiatur. At definitam attingere nequeunt: Quia legitima est quota bonorum. Bona autem dicimus, deducto omni ære alieno.

Ita iu-

Ita iura non modo actiua, sed & passiua in effectu eum attingunt, qui in legitima est institutus. Cui porro consequens est, non minus filium in legitima institutum, quo ad quotam suam, defunctum repræsentare, quam alium hæredem.

Quod autem ad illa onera attinet, quæ ipse testator legitimæ imponere vult, ea ad repræsentationem nihil pertinent, sed ad quasi contractum, qui per aditionem inter defunctum & hæredem celebratur, spectant, ea filius non tenetur agnoscere, qua legitimæ nullum potest imponi grauamen. *l. quoniam in prioribus. 32. C. de inoff. test.*

Dixi autem supra ex Decio & Vincentio de Franchis, quatenus legitima quota bonorum sit, quatenus non sit.

Iam ad institutum in re certa quod attinet, si quis iuxta *l. quoties. 13. C. hæred. instit.* institutus sit, in re certa scriptus, & alius hæres vniuersalis sit, atque hæreditatem amplectatur, alter neq; proprie, neque improprie hæres, sed legatarius est. At si hæreditatem ille non adeat, tum in re certa scriptus proprie hæres est, non minus atque ille, qui solus in vna aliqua re hæres scriptus est, cui totum accrescit.

Ita hæc interpretum distinctio dispungi posset.

340 Octavo requiritur, vt institutio in testamento fiat, non in codicillis. *c* Neque enim quis exhæredatur, aut instituitur codicillis, ne confundatur ius codicillorum & testamenti: & inutilis sit, quæ in testamentis desideratur solennitas, *l. Scæuola. 76. infr. ad SC. Trebell. §. codicillis. Instit. de codicill. l. non codicillum. 14. C. eod. tit. Roland. de testam. part. 1. rubr. 11. nu. 1. Duaren. ad tit. n. h. tit. de hæred. instituen. cap. 3. quomodo hæredes instituendi sint. in princip.* Codicillis tamen nuncupari hæres poterit, qui in testamento sit institutus: puta, testator ita disposuit, cuius nomen codicillis scripsero, ille mihi hæres esto: Titium codicillis hæredem instituit: Institutio valet: quum ex testamento data videatur. Hæres enim certificari potest, per relationem ad aliud, & vel ad simplicem schedam sese testator referre potuisset, nedum ad codicillos, per prædicta, *l. asse toto. 77. vbi DD. infr. hær. inst. l. institutio talis. 10. infr. condit. inst. Gabr. Rom. lib. 4. recep. concl. tit. de testam. concl. 11. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 4. tit. 3. n. 10 vers. sexto hinc deducitur. ad quod adde, quæ singulariter disputat Bened. d. cap. Raynut. verb. in eodem testamento relinquens. el 1. num. 39. extr. testam. Diaz. reg. 309. hæreditas non potest. fallentia 5.*

c Adde infra quæ dicentur ad *l. nõ codicillum. C. eod. tit.* vbi hæc regula ampliatur & limitatur.

341 Nono & vltimo, vt institutio teneat, requiritur, vt illi, qui necessario instituendi sunt, puta, liberi non omittantur, sed instituantur, aut iusta de causa expressim exhæredentur in testamento.

Nam si liberi neq; instituantur, neque secundum iuris normam exhæredentur, sed præteriti sint, testamentum concidit, *l. filiusfamil. as. 26. l. inter cætera.* d *30. ibi DD. infr. liber. & posth. l. 1. infr. de iniust. rupt. & irrit. testam. Bart. in Auth. ex causa. nu. 10. ibi DD. Communiter. & Bologn. nu. 1. & seqq. maxime n. 4. & 5.* vbi de exhæredationis substantialibus disserit, & quid præteritio sit, explicat, *C. de liber. præter. Nepos de Monte Alban. de except. c. 20. nu. 13. Bened. in c. Raynutius. verb. in eodem testamento relinquens. n. 19. cum mult. seqq. vsque 37. extr. de testam. Dilect. de art. testandi tit. 3. caut. 1. nu. 1. Vasqu. de success. creat. lib. 2. §. 18. num. 1. & seqq. §. 20. num. 191. prope fin. vbi de requisit. 40. & 41. agit. Clar. §. testamentum. quæst. 42. num. 1. & quæst. 43. Grass. §. testamentum. quæst. 35. 36. 43. 44. & quæst. 48. 52.*

Hanc sententiam ampliat 19. modis *Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 19. nu. 78. 79. 80.*

342 Amplia 20. vt idem sit in emancipato præterito sine causa. Nam testamentum nullum est, aliud si cum causæ insertione præteritus sit. Nam testamentum mero iure valet: ideoque per bonorum possessionem contra tabulas rescindendum est, vt tenet *Bart. in dict. Auth. ex causa. num. 12.*

d Nota tamen sufficere, quod filius habeat iure substitutionis: licet non habeat iure institutionis: dummodo à substitutione vulgari testamentum incipere possit, vt est text. *in l. si filiusfam. 75. infr. liber. & posthum. l. ex facto. 43. §. Lucius. vbi omnes DD. infr. vulgar. & pupill.* Vide quæ dixi in materia substitutionis circa diuisionem substitutionis vulgaris ad regulam, quod vnus Casus vulgaris substitutionis ad alterum trahatur, *fallentia 4.* adde Alciatum, qui hinc decidit insignem casum *ad rubric. num. 11. infr. vulgar. & pupill. substit.*

e Differẽtia emancipationis & patriæ potestatis est sublata, quo ad successionem ab intestato. *l. maximum vitium. C. liber. preter.* & quo ad successionem ex testamento. *Bart. l. Gallus. §. & quid si tantum. num. 17. inf. liber. & posthum.* sed quo ad remedia, quæ contra testamenta competunt, adhuc hodie durat differentia emancipationis & patriæ potestatis. Pro quo puncto semper recurrimus ad DD. *in dict. Auth. ex causa.*

dicens hoc casu differentiam *e* adhuc esse, quo ad suos & emancipatos, plures adducunt *Clar. d. qu. 42. num. 2. Vasqu. d. §. 20. num. 2. & seqq. & Graff. d. qu. 36. num. 3.*

Amplia 21. in legitimatis, qui in nullo differunt à legitimis. §. *liceat igitur. in Auth. quib. mod. natur. effic. legit.* §. *reliqui. in Auth. quib. mod. natur. effic. sui. Alex. ad rubr. num. 3. ibi Ias. num. 9. infr. lib. & posth. Tiraqu. de iure primig. qu. 34. num. 39. & in repet. l. si vnquam. verb. susceperit liberos. num. 80 & 81. C. de reuocand. donat. Clar. d. qu. 42. num. 5. Dilect. de art. testand. tit. 3. caut. 6. num. 1. Vasqu. d. §. 20. num. 18. Graff. d. §. 35. num. 11.* nisi legitimatio facta sit post mortem patris, vel limitatim. *Ias. d. rubr. num. 12. 13.*

Amplia 22. in filia. *l. maximum vitium. 4. ibi DD. C. liber. præter.* communem dicit, licet ipse de iure st. dissentiat, *Vasqu. d. §. 20. num. 5. Clar. d. qu. 42. num. 6.* qui communem dicit, & late explicat *Graff. d. q. 36. num. 5.*

Amplia 23. in arrogatis liberis vel adoptatis ab ascendentibus, §. *sed hodie. Instit. de adoption. l. cum in adoptiuis. 10. ibi Bart. C. eod.* communem dicit *Vasq. d. §. 20. nu. 20.* licet hic quoq; dissentiat, refert *Graff. d. q. 36. num. 11.*

Amplia 24. vt idem fit in Monacho, si religionem hæreditatis capacem professus sit. Estque decidendi ratio, quod Monachi retineant iura suitatis, & proinde succedant ab intestato, atq; ex testamento, vt si Monasterium ingressi non fuissent. *l. fin. §. hoc etiam cognitum. C. de episc. & cler. Alex. in l. 1. nu. 26. inf. vulg. & pupill. Ias. in l. patre furioso. num. 47. supr. his qui sunt sui vel alien. iur. Graff. d. q. 36. num. 13.* Idemq; est in terris Saxonicis, non obstante *art. 25. Landtr. lib. 1.* Nam statutum, quod ingrediens Monasterium non succedat, quum libertati Ecclesiæ præiudicet, irritum est. *Auth. cassa. C. SS. Eccles. Angel. in l. fin. nu. 2. ibi additio, verb. ingrediens monasterium.* dicens hanc communem. *C. de pactis.* late idem defendit *Alex. cons. 139. lib. 2. Felyn. c. Ecclesia S. Mariæ. num. 78. de constitut. & hoc etiam fatetur gl. d. art. 25.*

Amplia 25. in nepotibus, id est, quando filius vel filia iam mortui sunt. 343
Porro adhuc viuente filio vel filia, nepotem neptemve institui quidem necesse non est: quia tamen agnatione rumperent testamentum, si, viuo testatore, filius aut filia morerentur, vel alio modo de patria potestate exirent: Lex Velleia consulit, vt non tantum filius aut filia, sed & nepotes atque neptes instituantur, *l. Gallus. 29. §. nunc de lege Velleia. & §. seq. ibi DD. infr. de lib. & posthum. Rolandin. de testament. part. 1. rubr. 16. per tot. Vasq. d. §. 20. num. 5. 6. & 16. Graff. d. q. 26. num. 14.*

f Testamentum nõ est sine institutione: quia hęc est differentia testamenti specifica. Vbi ergo non est institutio, ibi non est testamentum: & ecõtra. Alia solennia relaxari possunt in testamentis. Hinc sunt testamenta ratione solennium imperfecta. At alia ratio est de institutione. Ex hac sententia, quæ perspicua est, multæ quæstiones de testamẽtis ad pias causas, & inter liberos, &c. decidi possunt.

Amplia 26. in posthumis. §. *posthumi. Institut. de exhared. liber. tot. tit. infr. liber. & posth & maxime in l. Gallus. ibi DD. tot. tit. C. posth. hæred. instit. Rolandin. de testam. part. 1. rubr. 15. Vasqu. loco præcitato num. 21. Dilect. de arte testandi tit. 3. caut. 10. Graff. d. q. 36. num. 18. & seqq.*

Amplia 27. vt idem fit iure Canonico. Quum enim ius ciuile libero- 344
rum institutionem *f* manifeste requirat, non est constituenda hæc in re differentia inter vtrumque ius, nulla iuris Canonici sanctione refragante iuri ciuili. Et ita sensit *gl. in cap. si pater. ibi DD. & Gemin. num. 15. Philip. Franc. col. 17. versic. in glossa. in verb. instituit.* vbi illam glossam singulariter notandam monet, quæ nec in iure ciuili neque Canonico alias reperiatur, vbi etiam ad sex fundamenta contrariæ opinionis respondet, *de testam. in 6. DD. in c. Raynut. §. 1. ibi Couarr. num. 1.* dicens communem. *extr. de testam.* late probat *Dominic. de Magdalen. de num. testium in testam. requisito. part. 1. cap. 16. num. 57. cum seqq.*

Amplia 28. vt nihil obstante textu *leg. hac consultissima. §. ex imperfecto.* 345
C. de

C. de testam. idem iuris sit in patre testante inter liberos. Nam siue vnum ex liberis omnino præterierit, siue aliis institutis, vni certam portionem alio quam institutionis titulo reliquerit, testamentum concidit, §. *aliud quoq; capitulum. in Auth. vt cum de appell. cognosc.*

Tum (1) quod defectus præteritionis sit potius circa substantiam, quã circa solennia.

Tum (2) quod dispositio *dict.* §. *ex imperfecto.* in fauorem liberorum introducta, in eorum odium non sit retorquenda, *Dominic. de Magdal.* noue & latissime *de num. testium in testament. requis. part. 1. cap. 16. num. 22. cum mult. seqq.* vbi dicit hanc rationem esse communem, à qua recedendum non sit.

Tum (3) quod præteritus intelligatur, quem pater vel omnino neglexit, vel non honorauit titulo institutionis, licet alio titulo illi aliquid reliquerit, *d.* §. *aliud quoque capitulum.* Quæ sententia etsi controuersa sit, receptissima tamen & vera à plerisque perhibetur, *Couarr. d.* §. *1. n. 2. & 3. Dilect. de arte testandi tit. 3. caut. 1. Vasqu. de success. creat. lib. 2.* §. *20. num. 264. Bened. in d. cap. Raynutius. verb. in eodem testamento. el 1. num. 136.* dicens tutiorem & communem, quam teneat vtraque schola Canonistarum & Legistarum, *Clar.* §. *testamentum. quæst. 8. nu. 5. 6. Andr. Gail. obseruat. pract. lib. 2. obseru. 112. nu. 9.* vbi eandem communem dicit, licet Iasonis contrariam sententiam referat, *VVesenbec. consil. 90. num. 10. 11. 12. Hartman. Pistor. lib. 1. quæst. 1. num. 12. 13.* omnium optime & luculentissime hanc sententiam pertractat, *Dominic. de Magdal. de num. test. in testam. requis. part. 1. cap. 16. num. 54. cum plurimis seqq.* vbi ad omnes obiectiones respondet.

Plura contra hanc sententiam vrgent.

I. Quod in testamento paterno iuris subtilitates non curentur, vt sit institutio.

Respondeo 1. Non curanda institutio, si in dispositione patris seruetur æqualitas inter liberos, *Couarru. in d. cap. Raynutius.* §. *1. num. 2. 3. Dilect. de art. testandi tit. 3. caut. 1. nu. 7.* At si aliquos instituere, alios non instituere vellet, id iura non admittunt. Ita *Couarru. Vasq. Dilect. locis præcitatis* resoluunt.

Deinde 2. *Benedict. d. verb. in eodem testamento. el 1. num. 136.* recte negat institutionem simpliciter esse iuris ciuilis. 1. Nam iure diuino & naturali liberi parentes repræsentant, & in parentum vicem & locum succedunt. Ergo consentaneum est, ius ciuile, quod natura constitutum est, & ex iure diuino profluit, idem ius in testamentis sequi. 2. Iuri honestatis congruit, vt filii instituantur, ne alias aliqui pro liberis ex concubina natis habeantur. Ergo eo iure sunt institutiones proditæ, quo testamenta orta.

Respondet 3. loco *Dominic. de Magdal. in d. cap. 16. num. 59.* quod solennitas introducta in commodum liberorum, non sit, *per d.* §. *ex imperfecto.* sublata, in quam sententiam plures aduocat.

II. Contra hanc sententiam adfertur: quod testamento patris clausula codicillaris tacite insit. At vbi clausula codicillaris adest, institutio sustinetur, & fideicommissum intelligitur inductum.

Respondent aliqui, clausulas subintelligi fauore liberorum. Ergo hoc iuris dogma etsi verum esset, in liberorum odium non esse retorquendum. *Ita Couarru. d.* §. *1. num. 4.* Quæ sententia receptior est, de qua tamen infra fallentia 14. quædam monebo.

Nam aliqui contrarium tenent: quod videlicet fauore parentum introductum sit, vt testamenta imperfecta valeant, non liberorum fauore, vt *Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 6. tit. 2. num. 12. versic. quod autem.*

2. Ego respondeo: hanc obiectionem nil ad rem facere. Non enim quærimus, vtrum testamentum vt codicillus, sed an vt testamentum valeat. At clausula codicillaris non infert institutionem, *Dominic. de Magdal. loco præcitato cap. 16. num. 73. cum multis seqq.*

Vtrum autem vt codicillus hoc casu sustineatur, infra suo loco disputabitur D. V.

III. Non

III. Non obstat *c. Raynutius.* vbi dicitur: testamentum inter liberos conditum: & tamen nulla institutionis mentio fit.

Ad quod vltra DD. respondet *Couarru. ibi §.1. nu.2 ad fin.* cuius responsionem comprobo ex eo, quod institutio sit differentia specifica testamenti. Quare cum textus ille mentionem faciat de testamento, etiam institutiones factas præsupponit, *adde Domin. de Magdal. d.c.16. num.69. cum seqq.*

IV. Opponunt DD. quod in testamento patris inter liberos subintelligatur clausula omni meliori modo. At vbi ea additur, operatur institutionem, vt infra fallentia exponit.

Sed huic obiectioni responde: quod clausula omni meliori modo non in parentum modo, sed in aliorum quoque testamentis subintelligatur, & nihil operetur, vbi actus in forma peccat, vt late & doctissime ostendit *Dominic. de Magdalen. d.c.16. num.84. cum mult. seqq. vsq. 107.*

Amplia 29. Nam pater liberis non tantum legitimam g titulo honorabili institutionis, sed etiam absque omni onere relinquere cogitur, *l. quoniam 32. ibi DD. ordinar. & Alphan. in reportat. num.422. Delrio in remission. pag.186. C. inoff. testament. Vacan. lib.4. declarat.59. num.6. Socin. reg.350. pater filium. Diaz reg.112. conditio omnis. Duen. reg.350. legitima est quota. Gabr. Roman. late lib.6. recept. conclus. tit. de legitim. conclus.1. Porc. conclus.42. lib.1. latissime Vasqu. de success. creat. lib.1. §.10. circa materiam dict. leg. quoniam. Ioann. Guter. de vltimis voluntat. part.2. cap.3. per tot. Paris. consil.36. num.38. lib.2. Tiber. Decian. consil.50. lib.2.* 346

g Legitima dicitur quota bonorum. I. Quia non debetur, nisi deducto ære alieno. Est ergo quota bonorum respectu creditorum, vt supra ex Decio & Vincen. de Franchis declaraui. Hęc sententia huc non pertinet. II. Dicitur quota bonorũ: quia debetur sine omni onere. Pater enim nullum onus legitimæ imponere potest. Hæc est sententia *dict. l. quoniam.* quam DD. locis præcitatis copiose declarant, & Vasq. vt supr. etiam retuli, centũ modis ampliat, & totidẽ modis limitat.

Amplia 30. Nam quum Monasterium loco posthumi censeatur, *Auth. nisi rogati. C. ad SC. Trebell.* Hinc DD. existimant, testamentum factum, religionis professione non secus atque agnatione posthumi rumpi. Quod verum, si testamentum quis fecit simpliciter, non cogitans de ingressu Monasterii. Nam tunc per ingressum rumpitur testamentum tanquam per nouam Voluntatem. Quum enim Monachus omnia bona sua det expresse vel tacite Monasterio, videtur reuocare primum testamentum: sicut primum tollitur per secundum. Aliud, si fecerit testamentum, cogitans de ingressu Monasterii. Nam ante professionem Monachus iure testari potest, *§. illud quoque. in Auth. de monachis.* At frustra ius permitteret disponere, nisi valeret dispositio. Ita *Bart. in Auth. si qua mulier. num.7. ibi DD. C. SS. Eccles.* Et hanc distinctionem Bartoli & magis communiter approbatam esse testatur *Couarru. cap.2. num.5. de testament. Vasqu. de success. creat. lib.2. §.20. nu.29. Clar. §. testam. quæst.28. Dilect. de arte testandi tit.3. caut.9. Graff. §. testam. quæst.34. num.23.*

Amplia 31. vt idem sit in testamentis liberorum. Nam & illi si in casibus licitis valide testari velint, parentes instituere, aut exhæredare coguntur, præterire non possunt, *§. & hac quidem. & §. sancimus. in Auth. vt cum de appell. cognos. Roland. de testam. part.1. rubr.20. Bened. d.c. Raynut. verb. in eodem testamento relinquens. el 1. nu.248. vsq. 252. de testam.* vbi hanc veram esse testatur, & Bartoli fundamenta contrarium male tenentis, ex ordine refert. Communem dicit *Dilect. de arte testandi tit.3. caut.1. num.8. Clar. §. testam. q.48.49. Graff. §. testam. quæst.45.* Quod tamen non procedit, si testator liberos habeat. Nam illis institutis, testamentum consistit, neque parentes institui necesse est, *Bart. cons.18. nu.1.* 347

Amplia 32. Nam ex testamento, quod speratur rumpi, ex causa præteritionis, non potest adiri hæreditas, neq; suus hæres existere, *l. cum quidam 30. §. quod dicitur. nu.68. infr. adquir. hered. Laur. de Palat. de statut. nu.68.*

Porro hanc iuris regulam, quod liberi aut instituendi, aut exhæredandi 348

dandi sint, 27. modis limitat *Benedict.d.verb.in eodem testam.relinquens.num. 54. vsq. 248.*

Quum liberi sint instituendi, aut exhæredandi, DD. quærunt de verbo relinquo, & de multis phrasibus, puta, si testator relinquat filio legitimam, Falcidiam, aut portionem iure legitimæ, &c. aut filiæ dotem, an hoc sufficiat?

Videtur dicendum, quod non. Nam textus *in Auth.* requirit titulum institutionis: & diserte testatur, alium titulum non sufficere.

Contrarium DD. decidunt.

Nam verba non semper proprie, sed magis secundum subiectam materiam accipimus, per *l. si vno. in princ. sup. loc. Iaf. in l. is qui putat. num. 17. infr. acquir. hæred.*

Puta, in materia emptionum cum pacto de retrouendendo, verbum pfandtschilling interpretamur, ratione subiectæ materiæ de merce.

Ita in materia testamentaria: quum liberi instituendi sint, si pater vtatur verbo relinquendi, id interpretabimur de institutione.

Imo verba secundum vulgarem modum sunt accipienda, *l. liberorum. §. quod tamen Cassius. infr. legat. 3. l. Labeo. ibi Bart. infr. supell. leg. Oldrad. consil. 219. num. 3. & Alex. consil. 140. lib. 5.* sed illiterati vulgariter vtuntur verbo relinquo, neque ita vtuntur, aut vti sciunt verbo instituendi.

Hinc ergo sequitur illatio: quod institutio sit non tantum, quæ expressim facta est, sed & quæ de verbis bona consequentia extruitur.

Non obstat ratio dubitandi in contrarium allata.

Quia textus *in Auth.* loquitur, quando clare & liquido constat, testatorem liberos instituere noluisse. Ita verba clarissime probant. Tunc verissimum est, nullum alium titulum, legati videlicet, aut similem sufficere.

At vbi clare constat, quod testator liberos voluerit instituere, aut vbi etiam res dubia est, interpretanda est dispositio, vt potius valeat quam pereat.

Ergo alia quæstio est: Vtrum alius quam institutionis titulus sufficiat. Dicendum enim est, quod non, & in hoc omnes conueniunt.

Et rursum alia est quæstio de interpretatione verborum testamenti.

349 PRIMA limitatio hoc habet, si filio legitima, aut pars legitimæ, aut portio iure legitimæ, aut aliquid pro sua Falcidia relictum sit, quod tunc testamentum consistat, & filius intelligatur institutus hæres, etsi testator non dixerit, instituo, vel iure institutionis relinquo. Ita *nu. 55.* refert.

Et licet hac de re maxima inter DD. contentio sit, *Angel. in tract. de testament. gloss. 75. num. 1. 2. 3.* vsque adeo, vt *Imola in leg. 1. numer. 50. cum seqq. infr. hæred. instituen.* sex ex ordine opiniones in hoc puncto referat: tamen vbi testator præcitatis aut similibus formis vsus est, aut etiam filiæ aliquid pro dote reliquit, sententia à Benedicto relata non solum magis communis & æquior, *Clar. §. testament. quæst. 38. num. 11.* sed etiam verior, & Constitut. *Saxon. part. 3. cap. 9.* recepta est.

Tum (1) quod verba in dubio intelligenda sint secundum subiectam materiam, *l. si vno. 17. in prin. sup. locati.* Ergo quum filius necessario in legitima instituendus sit, verbum relinquo in proposito interpretamur secundum subiectam materiam de institutione, *Bart. in Auth. vnde si parens. nu. 2. ibi Bald. num. 4. C. inoff. testam. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 20. n. 254.*

Tum (2) quod in dubio ea sententia tenenda sit, per quam actus potius sustinetur, quam perit, *Vasq. loco relato.*

Tum (3) quod generaliter traditum sit, institutionem tanquam fauorabilem benigna interpretatione adiuuandam: & quod pater, qui filium instituit, intelligatur velle omni meliori modo, quo poterit, valere institutionem, eleganter *Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 4. tit. 3. num. 21. cum seqq. arg. l. miles qui destinauerat. 3. infr. milit. testam.*

Tum

Tum(4) quod sufficiat mentem testatoris apparere, etsi verba non vsque adeo aperta sint. *Clar.d.q.38.num.11.*

Et hanc sententiam tenent *Bart. in d.Auth. vnde si parens. num.2. ibi Bald. num.4. C.inoff.testam. Idem in l.quoties.nu.8. C. har.instit. vbi ad hoc allegat l.human.9. C.impub. & al.substit. & plures relati per Clarum d.q.38. num.11. vbi ille hanc sequitur. Vasqu.de success.creat.libr.2.§.20.num.254. Mantic.d.tit.3.nu.21. Sim.de Prat.de interpr.vlt.volunt.lib.3.interpr.1.dub.1.solut.1.& vnic.num.5.late hanc sententiam probat Domin.de Magdal.in tract. de num.testium in testam.requis.part.1.cap.16.num.111.cum mult.seqq. Grass.§.institutio.q.14. num.8.9. & §.testam.qu.35. num.14.15.16.17.18.* etsi perperam dissentiant *Ioan.de Imol. d.l.1. num.52. Salyc.d.Auth.vnde si parens.num.4. Phil.Fran.c.si pater.col.19.vers.octauo quaeritur: quid si pater reliquit filio suam legitimam sine alio tit. instit. de testam. in 6. Ias.in Auth.nouissima.num.28.C.inoff.testam. Bened.in d.c.Raynut.loco praecitat.ibi Couarr.§.1.num.6.& Dilect.de arte testandi.tit.3.caut.1.num.1.& 2.*

Neque enim hanc negatiuam sententiam iuuat, quod legitimam portionem quolibet titulo relinqui non sufficiat, sed institutionis titulus requiratur. *d.§.aliud quoq; capitulum. in Auth. vt cum de appellat.cognosc.* Nam & affirmatiuae sententiae propugnatores id admittunt. Vt proinde de re ipsa nulla quaestio sit, sed hoc solummodo in disceptationem veniat, quo pacto verba testatoris in dubio interpretanda sint.

Porro textus *d.§.aliud quoque.* loquitur, vbi liquido constat patrem aut matrem suos liberos instituere nolle. Isto enim casu quum aperta testatoris Voluntas sit, frustra de verborum interpretatione quęrimus. Ergo non sufficit tunc vel donationis, vel legati, vel fideicommissi, vel alio titulo legitimam relictam esse. Hunc enim sensum verba clarissime probant. Sancimus (inquit Imperator) non licere penitus patri vel matri, auo vel auiae, proauo vel proauiae, suum filium vel filiam, vel caeteros liberos praeterire, aut exhaeredes in suo testamento facere, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem, &c.

At vbi dubia res est, aut certo constat, testatorem filium vel filios instituere voluisse, ibi fauore testatorum verba, ampla & idonea, benigna interpretatione iuuanda sunt, vt actus valeat potius, quam vt pereat: praesertim quum testamentũ patris inter liberos semper clausulam (vt omni meliori modo valeat) complectatur, *gl. l. cohaeredi. §. cum filiae. verb.non valuit.infr. vulg.& pupill. DD.l.hac consultissima.§.ex imperfecto. C. eod.Benedict. d.c.Raynut.verb.in eodem testamento.nu.229.Couarr.d.c.Raynut.§.1.n.4. vers. item non obstat.Dilect.de arte testandi tit.3.caut.1.num.7.Gabr.Roman.lib.4.recept.conclus.tit.de testam.conclus.5.nu.6.Porc.conclus.8.lib.2. Grass.§.testament.q.11.ad fin. & q.50. Mant.de coniect. vlt.vol.lib.6.tit.2.num.21.25.cum seqq.Zunt.in responso pro vxore nu.567.& nu 573.cum seqq. Hart.Pistor.q.2.nu.16.Dominic.de Magdal. in d.c.16.* dicens praecitatam glossam ab omnibus esse receptam.

Notandum: *Ioannem de Imol.Philip.Franc.Vasq.Sim.de Prat.& alios locis praecitatis*, non de hisce tantum, sed & de multis aliis phrasibus quaerere, puta, si pater relinquat pro benedictione. De qua videatur etiam *Mant.de coniect.vlt.vol.lib.4.tit.4.num.4.5.*

Aliqui sentiunt, verbum institutionis esse exprimendum pro forma. At hoc supra refutatum est. Non vtimur hodie verbis conceptis: sed satis est idonea esse verba, quibus explicetur mens testatoris, quod liberos pro haeredibus instituerit. Non enim litigamus de verbis, sed de re ipsa, id est, de institutione, de ea si liqueat, res certa est.

Secun-

Secunda fallentia Benedicti *num.59.* est de clausula, omni meliori modo. *h* Nam ea expressa, tantæ virtutis est atque efficaciæ, quod testator intelligatur reliquisse filio iure institutionis. Ita sensit *Bald.in l quoties.nu.9. C. hæred.instituen. Ias.in Auth.nouiss.num.20.vers.quarto & vltimo. & nu.23. vers.tertio fallit. C. de inoff.testam. Dilect.de arte testandi tit.3.caut.1. num.6. vers. secundum remedium. Vasqu. d. § 20.num.247. Mant.de coniect. vlt. volunt.lib.4. tit.3.nu.21. Sim.de Prat.de interp.vlt.volunt.lib.3.interpr.1.dub.1.solut.1.& vnic. num.12. Zunt.in responso pro vxore.num.570 cum mult.seqq. luculentissime probat & defendit Domin. de Magdalen.in tract.de num.testium in testam.requis.part.1. cap.16.num.8.vsq. 136. Grass.§ testament.q.38 num.8.*

h Supra quum agerem de quæstione: Vtrum testamentum reuocabile esset, etsi testator iurasset, hoc quoque explicui, quando actus omni meliori modo valeat.

Actus qui non subsistit eo modo, vt res acta est, omni meliori modo sustinetur, concurrente voluntate & facultate.

Hinc iudicari de nostra quæstione potest. Si reliqui filio 100. & volo, vt dispositio mea omni meliori modo valeat: quæritur, an sustineatur vt institutio?

Quidam quod non, per textum *d.§.aliud quoq. capitulum.*

Nos contra: 1. Quia concurrit voluntas, quæ non est limitata. Testator enim vult, actum omni meliori modo valere. 2. Concurrit & facultas, id est, verba idonea sunt, & interpretationi non refragantur.

Et licet ab hac sententia discrepet *Phil. Franc. d.c.si pater. col.21. vers.nono quæritur, testator in testamento reliquit, & Bened.noster loco relato,* existimantes, nisi testator exprimat hæc formalia verba (iure institutionis, vel similia) quod non valeat testamentum: quum alius relicti titulus non sufficiat: Tamen hanc sententiam absurdissimam esse contendit *Bald. loco præcitat. num.10.* Quum enim clausula hæc plus operetur, quam clausula codicillaris. *Bologn. Auth.ex causa.num.84. C.liber præter.* & eius hæc vis sit, vt testatoris dispositio ad specifica non restringatur. *Alex.cons.112. num.2.3.lib.3.* sed potius actus omni meliori modo, quo id fieri potest, sustineatur: *Dec. cons.14.num.3.late Sim.de Prat.de interpr.vlt.vol.libr.2.interpr.2. dub.1. solut.4. per tot.* Vt proinde testatoris Voluntas hic limitata non sit: verborum quoque generalitas, id est, potestas concurrat: omnino ad validum intellectum verba trahenda, & secundum subiectam materiam accipienda erunt, vt recte *Bald.ibi num.10.* colligit, maxime quum illiterati homines regulariter tantum verbo relinquendi vtantur. Durum ergo atque contra omnem æquitatem foret, dicere, verbum generale non aptari illi speciei, in quo actus sustentatur.

i Tertia limitatio est Baldi *in l. si adulta.num.3.C.hæred.act.* vbi ipse decidit: si pater relinquat filiæ centum, etsi non dicat iure institutionis: sed tantum prohibuerit, eam plus petere vel habere, quod filia non dicatur præterita: quum pater videatur reliquisse animo compensandi cum legitima, *arg.l.si debitor.12.infr.ad leg.Falc.* Vt proinde hæc forma ex sententia Baldi illi parificetur, quando pater filio legitimam relinquit.

Si creditori meo legatum relinquo, & prohibeo, illum plus petere, apparet, me illi legasse animo compensandi legatum cum credito. Id probat *d.l.si debitor.* Hinc extruunt DD. theoricam: Quod clausula prohibitionis plus petendi, inducat compensationem cum credito: & quod hoc pacto legans habeat respectum ad creditum. Vnde *Bald.* in nostra materia colligit: Si pater centum, vel aliam summam filio relinquat, & prohibuerit, ne plus petat, quod per hoc legitimam voluerit compensari cum legato. Et per consequens respectum habeat ad legitimam, & voluerit, vt illa summa sit apud filium loco legitimæ. Ergo secundum Baldum paria sunt, siue relinquat quis legitimam, siue relinquat centum, dum modo clausulam prohibitionis plus petendi addat. At si legitima relinquatur, filius pro præterito non est, vt iam defensum est. Ergo etiam hoc casu, quando illi certa summa, cum clausula prohibitionis plus petendi relicta est, pro præterito non erit: quum, vt dictum est, pater sic legando ad legitimam respectum habuerit: Diß seynd weit gesuchte Händel.

Et licet multi ex DD. hanc sententiam Baldi sequantur: rectius tamen post alios contrarium tenet *Ias. in dict. Auth. nouissima. num. 24. versic. quinto singulariter limita. Philip. Franc. d. cap. 1. col. 21. versic. septimo quaeritur quid si pater. Benedict. loco relato. numer. 60. cum seqq. & Vasquius de success. creat. lib. 2. §. 20. num. 248.* Quum clausula plus petendi titulo institutionis repugnet, cuius natura est recipere augmentum. *l. 1. §. si ex fundo. & l. si alterius. 10. infr. hæredib. instit.*

SEPTIMA fallentia habet, quod testamentum, in quo filius præteritus est, ita demum nullum sit, si filius hoc declarari petat, aliud, si taceat, ex regula: Quod nullitas fauore alicuius introducta, nihil curetur, nisi illo, de cuius fauore agitur, hoc volente & petente, i *Ias. in l. posth. nu. 23. 24. C. de bon. possess. cont. tab.* Et latissime hoc axioma prosequitur *Tiraq. ad l. si vnquam. verb. reuertatur. nu. 11. 12. & maxime num. 13. cum seqq. C. reuocan. don.* Approbatũ ergo à filio præterito, reconualescit, *Lan. Galli. de stat. q. 1. n. 48.* 35

i Elegans axioma iuris, quo sæpe in grauibus causis vtimur: Puta, sententia in mortuum lata non valet. Quæritur, quid si fama mortui & hæredum eius concernat. Accursius censet, quod valeat *in leg. in summ. 1. §. fin. infr. re iudic.* Communis tamen DD. sententia est contra Accursium, ad quam videatur *Euerhard. in top. in loco à libert. ad piam caus. versic. vigesimo quarto.* Et quid Camera sequatur, tradit *Mynsinger. obseruat. 85. centur. 1. Gail. obseruat. pract. lib. 1 obseruat. 1. 9. num. 4.*

At contrarium tenet *Bened. num. 84. cum seqq.* qui hanc sententiam luculente explicat & ampliat, vt præteritus sine consensu institutorum ne quidem expresse testamentum probare possit, si aliorum institutorum intersit, testamentum annullari. Et hanc veram atque communem dicit *Ias. d. l. posth. num. 25. ibi Bolog. nu. 44. 47. Vasqu. de success. creat. lib. 3. §. 30. nu. 109. addatur Clar. §. testam. q. 43. num. 4. vers. sed pone.* veriorem & magis communem dicit *Alex. Trentacinq. de vulgari substit. cap. 19. num. 4. vers. secundus & vltimus casus. Grass. §. testam. quæst. 48.* Forma enim non seruata, actus ipso iure nullus est. k *Ias. loco præcitat. & textus est ad propositum in princ.* l *ibi (ab initio non constiterit testamentum) Instit. exhæred. liber. iunct. glos. l. in criminali. 5. verb. habeatur. C. iurisdict. omn. iud. l. inter cætera. 30. infr. lib. & posthum.*

k Non obstat, quod nullitas non curetur, si is, de cuius fauore quæritur, taceat. Nam Ias. ibi respondet, illam regulam non procedere I. vbi actus nullus ob formam non seruatam. Idem tenet *Bolognet. loco præcitato.* Adde omnino *Benedict. verb. in eodem testamento relinquens. num. 107.* II. & vbi actus non annullatur mero fauore alicuius, sed etiam odio actum celebrantes, vt hic.

l Inductio hæc est: textus ibi in princip. vtitur verbo præteriti temporis (non constiterit testamentum.) At vbi lex verbo præteriti temporis vtitur, hoc vult, actum ipso iure nullum esse. Ita *d. gl. l. in criminali.*

VNDECIMA fallentia est de testamento militis. Nam illud consistit, etsi filius neque institutus, neque exhæredatus sit. *Ita Benedictus num. 131.*

Verum obseruandum, militem filium præterire aut ignoranter, aut scienter. Si præteritio ignoranter & per errorem facta est, priuilegium militare cessat. Quia ius præsumit, si miles sibi filium esse sciuisset, quod eum non præteriisset. Quare hoc casu priuilegium militare cessat, ne ius fauorabiliter concessum, in militis odium retorqueatur. Manemus ergo hoc casu in terminis iuris communis. Vt proinde tale testamentum nullum sit. *l. sicut certi. 9. & l. si cum vel in vtero. 10. ibi omnes DD. C. testamen. milit. Vasqu. de success. resol. lib. 2. §. 20. num. 51.*

At si præteritio scienter facta sit, DD. multum disputant. Nam constat certi iuris esse, militem, qui scit, se filium habere, aliosq; scripsit hæredes, tacite eum exhæredare intelligi. *d. l. sicut. cum l. sequ. §. pen. Instit. de exhæred. liber.* Quod plerisque iure nouo correctum videtur. Olim enim licebat exhæredare sine causa. *l. 3. infr. iniust. rupt. & irrit. testament.* Ideo miles scienter prætereundo videbatur exhæredare. At quum pro substantia testamen-

stamenti & exhæredationis causa sufficiens requiratur, *§. aliud quoque capitulum. in Auth. vt quum de appell. cognosc.* Vnde filius iure nouissimo à milite sine causæ expressione præteritus, dicit testamentum nullum, si erat suus: si vero emancipatus, venit contra tabulas. Ita tradunt DD. *in d. l. sicut. ibi Cyn. num. 2. & 3. Alex. num. 5.* dicens *m* magis communem, probat *Castrens. num. 5. Alberic. de Rosat. d. l. si cum vel in vtero. ibi Salyc. num. 3* dicens communem, & *Dec.* qui communem eleganter defendit: addit *Ias. in d. l. sicut. nu. 8.* omnes interpretes hanc sententiam tenere, Ludouico Romano excepto. Quam etiam appellat communem & æquiorem *Imola in l. filio praterito. num. 35. infr. iniust. rupt. & irrit. testam.* sequuntur eandem *DD. in d. §. pen. & Bened. loco pracitato.*

m Militis præteritio etiam hodie habetur pro exhæredatione, sic non est correctum ius vetus. Sed cogitur addere causam, hoc est nouiter introductum. Ita *Alex. loco pracitato num. 5. dicens magis communem. Dec. autem in d. l. si cum vel in vtero.* tenet, quod hodie miles cogatur filiũ instituere, vel exhæredare.

Contra hanc tamen sententiam tenet *Ludouic. Roman. in d. l. sicut. num. 7. ibi Ias.* quam forte veriorem dicit *Imola d. l. filio praterito. n. 35.* sequitur *Iul. Clar. §. testament. quæst. 42. num. 3. And. Barbat. de præstant. Cardinal. quæst. 3. nu. 8.* & hanc defendit etiam *Vigl. in d. §. penultim.* Idque ea ratione, quod lex noua generaliter corrigens, nõ comprehendat casum specialem & priuilegiatum iuris veteris. *gl. in l. sciendum. sup. qui satisdar. cog. Paris de Put. in tract. Syndicat. verb. doctor. cap. 2. num 9.* n

n Puteus, idem iuris in doctore milite & aduocato esse contendit: Barbatia autem de Cardinalibus & episcopis agit.

Communem DD. sententiam defendunt verbis *Nouell. pracit. in §. & hac quidem in parentum.* Sancimus (inquit Imp.) non licere liberis parentes suos præterire, aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumerauimus, in suis testamentis specialiter enumerauerint, &c.

Textus *Auth.* agit de liberis, qui habent licentiam testandi in bonis propriis.

At hæc non possunt intelligi de emancipatis, quia illi habent potestatem testandi de omnibus bonis.

Similiter non potest textus intelligi de aduentitiis, quorum patri non quæritur vsusfructus: quia de illis filius non testatur.

Ergo necesse est textum intelligi de filiisfamilias habentibus Castrense vel quasi Castrense peculium.

Ita *Alex. & Dec.* textum inducunt.

Excipit primo *Ioann. de Imola loco pracitato.* textum præcitatum agere de filiofamilias milite, non de patre, & ad patrem eum non extendendum: quum filius patri debeat reuerentiam, & sic facilius admittatur præteritio in patre milite, quam in filio.

Sed replicari potest ex textu *d. §. & hac quidem. ibi Iustinianus ait:* Hæc quidem de parentum testamentis ordinauimus. Iustum autem prospeximus, & è contrario de liberorum testamentis, hæc eadem cum aliqua distinctione ponere.

Vult, inquam, Imperator eandem esse doctrinam de parentibus & liberis, nisi quatenus ille ibi distinguit: sed in nostra quæstione non distinxit. Ergo idem ius erit: & disposita de filiofam. milite, etiam in patre milite locum habebunt.

Et quidem ipse Imola ab hac replica deficit. Nam recte ait, maiori iure deberi parentum hæreditates liberis, quam liberorum parentibus, late *Dominic. de Magdal. in tractat. de numero testium, in testam. requis. part. 1. cap. 16. num. 189. cum sequentib.* Quare si filius naturalis non potest sine causa patrem præterire: multo minus id pater poterit. Et sic argumentum retorquetur.

Iason ergo & Viglius qui fatentur, inter patrem & filium non posse distingui, aliter excipiunt: Aiunt textum *d. §. & hac quidem.* loqui in milite extra expeditionem: iura vetera de milite, qui sit in expeditione. Videatur *d. §. pen. Institut. exhared. liber. §. illis. Instit. milit. testam.*

XII. Limitatio deducitur ex XI. Dicit *Benedict.* disposita de milite habere locum in milite legalis militiæ. Sed quemadmodum XI. reprobat: ita hanc quoque. Cæterum vtrum priuilegia militum Aduocatis & Doctoribus tributa sint, in materia substitutionis compendiosæ DD. differunt, vbi, Deo volente, videbuntur.

354 XIII. Limitat ille in ingredientibus religionem, qui de bonis suis testari possunt, vt sibi placuerit. Ergo liberos non tenentur instituere. *Adde qua dixi supr. num. 111.*

Et quod huius consequens est, eiusmodi testamenta per liberorum præteritionem non irritantur: sed liberi solummodo legitimam petere possunt. Talibus enim non modo testandi, sed & libere testandi licentia concessa est. Quare ne frustratoria concessio fit, omnis in illorum testamentis iuris solennitas remissa videtur, *§. illud. quoq. Auth. de Monach.* Quem textum ad hoc ponderat o *Bart. in Auth. si qua mulier. num. 7. vers. ex hoc dicto.* vbi eandem sententiam probat per argumentum à milite armatæ militiæ ad militem cœlestis militiæ, *C. SS. Eccl. c. quia nos. 9. ibi, libere disponere valeant. extr. testam. l. sacrosancta. 32. ibi, libera facultate concessa. & Authen. Presbyteros. C. Episc. & cler.*

o Imperator (inquit) permittit Monacho ante ingressum testari, quomodo voluerit, si præterierit, vel exhæredauerit filium, non poterit rumpere testamentum, poterit tamen petere legitimam vigore huius Authent. Si enim hoc permittitur militi armatæ militiæ, qui pugnat pugna corporali, multo magis debet permitti militi cœlestis patriæ. Hæc ille ibi. Excipit *Salycet. in Auth. si qua mulier. num. ~. C. de SS. eccles.* æquiparationem de milite armatæ militiæ, ad militem cœlestis militiæ procedere in iam ingresso. Nam ante ingressum non habetur pro milite.

Replicant alii ibi, breui cingendum haberi pro cincto *l. pen. infr. testam. milit.*

Duplicat Dec. noster, *c. in præsentia. 8. num. 60. de probat.* hæc meras esse cauillationes. Cingendus breui, habetur pro cincto, nisi ius repugnet, vt est in nostro casu. Nam Monachus, qui ingredi vult & profiteri religionem, differt à professo: quum ille testari possit, hic non possit. *d. §. illud.* Quare quum ius monstret in hisce differentiam, nos æquiparationem facere non possumus.

Verum in hac materia, quando scilicet de effectu legis aut rescripti, liberam testandi facultatem tribuentis, quæritur, sic DD. distinguere consueuerunt. Aut reseruatur ius testandi iam antea competens, & reseruatio eo modo intelligatur, quemadmodum quis ius habet, *Salyc. in l. si quando. num. 3. C. inoffic. testament.* Quum reseruatio nihil noui iuris tribuat, *l. si in venditione. 7. in fin. supr. comm. præd. l. si quis legauerit. 75. ibi Bart. & DD. infr. legat. 1. DD. l. non solum. §. morte. ibi late Bolog. in materia protestationis conseruatoria. num. 281. cum sequentib. infr. nou. oper. nunc. Oldrad. consil. 214. num. 3. Bald. consil. 100. lib. 1. Alex. consil. 28. num. 4. lib. 1. Crauet. consil. 15. num. 2.* Atque ita in effectu rectissime textum *d. §. illud. & d. cap. quia nos. cum iurib. concor.* intelligit *Dec. in c. in præsentia. num. 60. de probat. vbi ad hoc ponderat Auth. Presbyteros, ibi, secundum leges. C. episc. & cler. sequitur Dominic. de Magdal. in tract. de num. testium in testam. requis. part. 1. cap. 13. num. 28.* Aut conceditur libera testandi factio vel habili, vel inhabili. Si inhabili, p solummodo obstaculum remouetur, & sic consueta atque legitima testamenti factio concessa intelligitur, *l. si quando. 35. quem textum ita post gl. ibi intelligunt Angel. num. 1. & omnes prope, vt testatus est Ias. num. 1. C. inoff. testam. latissime prosequitur Domin. de Magdal. d. c. 13. per tot.*

p Supra recitaui catalogum earũ personarum, quæ testamẽti factionem non habent.

Illis si tribuatur libera testamenti factio, tantum remouebitur iuris obstaculum: quum satis hoc casu operetur priuilegium, & proinde in iis, quæ contra iura sunt, beneficium principis effuse interpretandum non sit.

Infer 1. ad peregrinos, *Authen. omnes peregrini. C. comm. de success.* quod DD. nostri exemplificant in iis, qui deuotionis causa peregrinantur. *Domin. de Magd. de num. testium in testam. requisit. part. 1. cap. 13. num. 6.*

Infer 2. quum iam olim nemo ecclesiis Christianorum relinquere posset: quod *l. 1. C. SS. Eccles.* vbi hæc facultas testatoribus restituitur, tantum de personis habilibus accipi debeat: quum hoc pacto satis operetur. *Clar. §. testamentum. q. 5. Videatur Magdal. d. c. 13. num. 15. cum seqq. & cap. 12. num. 12. cum plurimus seqq. vbi erudite explicat.*

Ergo inquies in testamento ad pias causas necessaria sunt iuris solennia? Respond. Iure ciuili nullum dubium. At aliud hodie iure canonico. *Magdal. dict. cap. 12. per tot. maxime num. 33. adde Domin. de Magdal in d. tract. part. 2. cap. 4. num. 45. cum mult. seqq.*

Quod tamen declara, si non vni, sed pluribus concessio facta sit, puta, clericis, vel ciuibus alicuius loci, quorum aliqui habiles, alii inhabiles sint, tum intelligitur omnibus concessa, 1. & habilitas testandi, 2. atque solennitatum remissio. Hæc est communis DD. sententia, quam late declarat *Dominic. de Magdal. loco relato nu. 15. cum sequentib.* At si habili concessio facta sit, omnes quidem consentiunt, solennia remissa intelligi, vtrum omnia,

omnia, vel aliqua controuertitur. Et aliquibus quidem visum est, omnia remissa intelligi, neque distinguendum, vtrum ea ius vel iniuriam tertii concernant, an non. Ergo concessionem eiusmodi ita interpretantur, quod is, cui ea facta est, non modo omnes iuris solennitates omittere, sed etiam liberos præterire queat, vt annotauit *Alberic. de Ros. d. leg. si quando.*

At sanior, æquior & receptior aliorum sententia est, quum principis beneficia, saluo iure tertii, & sine aliorum iniuria, accipienda sint, *l. 2. §. merito. infr. ne quid in loc. publ.* quod ea concessione tantum illæ solennitates, quæ sine iniuria negligi possunt, non autem institutio remissa sit. Et hoc modo textũ *d. l. si quando. iuxta rubricam & titulum,* exponunt post *Iac. de Aren. Cyn. Bald. Salyc.* existimantes eam ibi facti speciem decidi, quando persona testabilis est, liberos habens, & quæstio oritur, an ex libera testamenti concessione possit quis filios exhæredare: & deciditur: Quod non. Quæ enim contra regulam iuris admittuntur, ea non effuse, sed moderate accipienda sunt, ne tertii ius lædant. Cogitur ergo talis institutionem nihilominus facere. Sed ne elusoria concessio sit, aliæ solennitates remittentur. Quæ sententia plerisque placuit, vt apparet ex traditis per *Domin. de Magdal. loco præcit. num. 28. vers. postremo.* Plura autem ad hanc materiam pertinentia, videnda sunt apud *Cyn. Bartol. Bald. Castrens. Salycet. Alber. de Rosat. & præcipue Ias. in dict. leg. si quando. Bart. in leg. 1. ibi Ias. qui Bartoli distinctionem ibi sequitur, num. 20. C. de SS. Eccles. Bald. in l. si mutus. supr. h. titul. Cephal. consil. 423. num. 19. Iacob. Menoch. de arbitr. iudic. libr. 1. quæst. 7. num. 39. Clar. §. testament. quæst. 34. num. 3. Cuiac. l. 6. §. fin. sup. eod. Idem lib. 8. obser. cap. 32. Alphan. in reportat. num. 911. latissime Domin. de Magd. d. cap. 13. per tot. & part. 2. cap. 4. per tot.*

Ex quibus dubia redditur Benedicti decisio de iis, qui religionem ingredi volunt.

Tum (1) quod is textus non tam in concessione facultatis testandi, quam in reseruatione iuris iam competentis loquatur, vt sensus sit, ingressos testamenti factionem amittere, quam ante ingressum non minus ac alii liberam habeant, *Dec. d. c. in præsentia. num. 60.*

Tum (2) quod à milite professo ad eum, qui religionem nondum ingressus est, collectio non procedat, *Salyc. in Auth. si qua mulier. num. 6. C. de SS. Eccles.* Quam sententiam docte explicat *Dec. dict. cap. in præsentia. numer. 60.*

Tum (3) quod institutionis necessitas cum iniuria liberorum remissa non intelligeretur, etsi daremus *textum d. §. illud.* de concessione liberæ facultatis testandi loqui.

Neque enim valet Benedicti collectio, quod facultas libere testandi pluribus concessa, & habilitatem testandi atque solennitatum remissionem inducat: Quum ea Bartoli, Iasonis & aliorum doctrina tantum in iis solennibus procedat, quæ cum tertii iure & iniuria coniuncta non sunt.

Idem de Clericis dicemus. Nã etsi haud grauatim admitteretur, quod Bened. contendit, illis testamenti solennitatem remissam, institutionem tamen facere cogerentur, per prædicta, quando & milites hodie ad eam obseruationem adstricti sint, vt ex communi DD. sententia, in præcedentibus annotatum est.

355 DECIMAQVARTA fallentia est in patre inter liberos testante.

 Nam

Nam licet ille filium vnum in testamento præterierit, alium instituerit: Tamen dispositio valebit non quidem vt testamentum: *Alex.l.inter catera.num.3.infr.liber.& posth. Couarr.c. Raynut.§.1.num.2.3.extr.testam.Clar.§.testament.q 8.num.6.VVesenb.cons.90.num.10.11.12. Hart.Pist.q.1.num.12.lib.1.* sed vt codicillus, epistola aut causa intestati, quã iudex aditus obseruari faciet, *q l.filii.16.& l fin.C.famil.hercistun.* Quam opinionem sequuntur DD. relati per *Bened.loco pracit.nu.136.* Iniuriosam ergo tituli inæqualitatem iura hoc casu emendant, & ad æqualitatem iustam reducunt, vt omnes ab intestato patri hæredes, & quo ad honorem tituli æquales sint: Non tamen quo ad bona. *r* Nam quum tale testamentum clausulam codicillarem & clausulam meliori modo contineat, *s* distributio bonorum à patre facta seruabitur. Et si vnus ex liberis integram legitimam non habet, suppletio fiet. *Ita late Vasq de success.progr.lib.3 §.30.num.46.Zunt.in responso pro vxore.nu.557. VVesenb.cons.90.num.11.Graff.§.testament.q.11.num.10.& q.50.nu.3.* vbi hanc veriorem & communiorem esse dicit.

q Dispositio patris inter liberos etiam imperfecta ratione solennium valet, siue sit dispositio aut diuisio testati vel intestati. Ergo si nõ valet vt testamentum, valet vt codicillus, epistola, aut diuisio. Sed obserua textum *d. l.filii.* excipere illum casum, quo testamentum inofficiosum est Ergo aliquibus visum est, iura hæc non procedere in casu huius iniuriosæ inæqualitatis.

r Duplex est inæqualitas, quando pater inter liberos minus solenniter disponit: I. est inæqualitas tituli, illa est iniuriosa, vt omnes fatentur. *Couarru.d.c.Raynutius.§.1.num.3.hoc tit.n. Boer.decis.240.num.11. Mantic.lib.6.tit.2.num.15.versic.neque etiam.* Videatur Dominic. de Magdalen. qui plures cumulauit *in tract.de num testium, in testament.requisit.par.1.cap 16.num.57.cum seqq.* II. Inæqualitas est bonorum: quando pater inæqualiter bona distribuit. Hic quærunt Doctores, an hæc inæqualitas sit iniuriosa. Aliqui tenent, quod sic, refert *Vasq.de success.progress lib.3 §.30.num.46.* Aliqui distinguunt, verum parua vel magna sit inæqualitas, vt colligi potest ex traditis, per *Gabr.Roman.libr.4.recept.conclus.tit.de testamen.conclus.6. Tiraquell.de iure primogen.cap.4 num.4. Ita tenet Molin l.1.§ si quis ita.num.98.infr.verbor.obligat.* & hanc probant plures relati per Couarru.loco relato, & per Dominic.de Magdal. *d cap.16.num.149.* Aliqui autem existimant non curandam inæqualitatem: quum hæc iniuriosa non sit, modo liberi legitimam habeant. Hæc receptior. Videatur *Clar.§.testamentum quæst.14.num.8. Gail.obseruat.pract libr.2.obseruat.112.num.19.20.21. Dominic.de Magdal.d cap.16.num.50.57.cum seqq.num.137.cum seqq.num.161.cum seqq. Hartman.Pistor.d.qu.1.num.11.vsq.13. Graff.§.testamentum.qu.11.num.8.*

s Dixi supra *fallent.1.in fin. Gloss.est ab omnibus recepta in l.coheredi.§.cum filio.verb.non voluit.infr.vulg.& pupill.ibi text.dixit, testamentum si non valeat vt testamentum, ne quidem vt codicillum valere. vbi tamen gl.excipit duos casus: 1. si hoc actum sit. 2. inter liberos, & adducit d.l.fin. C.famil.hercisciund.*

Contrarium tenet Bened. noster, quod testamentum eiusmodi vsque adeo inutile sit, vt & aliis liberis ius dicendi testamentum nullum competat, *t* ac proinde iura præcitata nihil ad hanc nostram materiam pertineant. Ita etiam tenent *DD.in d.l.fin.ibi Salyc.qu.5.num.4. Alex.post alios l.inter catera.nu.3.infr.liber.& posthum.*

t Si vno præterito, aliis etiam liberis, qui forte minus acceperint q̃ sperauerant, ius dicendi nullum competit, tum quæro, quo pacto hoc ius illis tribuatur? Duplex enim est inæqualitas: 1. Tituli, 2. bonorum. Propter inæqualitatem tituli illis ius dicendi nullum non competit, qui instituti sunt. Ergo propter inæqualitatem bonorum illis hoc casu tribuitur. Et per consequens iudicium defuncti plane concidit.

Quare pro huius articuli explicatione distinguendum.

• Aut enim pater æqualitatem tituli obseruauit inter liberos: puta, quia aut omnes, aut nullos instituit: & constat, data habili materia, id est, concurrentibus requisitis, testatoris dispositionem omni meliori modo, vel vt codicillum, vel vt epistolam, aut saltem vt diuisionem, & voluntatem ab intestato seruari, *DD. in d.l.fin.per illum textum.* Atque in his terminis, puta, in æqualitate tituli, loquuntur, *Cyn.in l.quoties.C.fam.hercis.Bald.in d.l.filii.nu.6.C.eod.Alex.in l.hac consultissima.§.ex imperfecto.nu.2.C.h.tit.n.Ruin.cons.126.nu.3.lib.1.Bened.in d.c.Raynut.verb.in eodem testamento.el 1.fall.12.n.72.& el3.num.53.vers.sane.quem locum aliqui perperam adducunt, quasi ibi de inæqualitate tituli ageret. Idem ibi Bened.d.verb.in eodem testamento.num.212.fallent.19. Vasq.de success.creat.lib 2.§.20.nu.249.264. Mant.de coniect.vlt.vol.lib.6.tit.2.n.18 Zunt.in responso pro vxore.nu 569. Domin.de Magd.in tract.de num.testium in test.requis.part.1.cap.16.nu.136. Graff.§.testamentum.q.35.nu.9.*

Qui

Qui bene distinguit, bene docet. Id in hac nostra materia faciendum, quam aliqui ex interpretibus nostris confuse tractant.

Quæstio est, vt dixi, ea de facti specie, vbi est tituli inæqualitas, an isto casu dispositio patris inter liberos saltem vt codicillus, aut aliter valeat. Aut (vt magis aperte dicam) quæstio est, vtrum *d.l.filii. & d.l.fin.* pertineant ad nostram materiam, vbi vnus ex liberis institutus, alius præteritus est.

Aliqui tradunt communiorem & veriorem esse sententiam, quod talis dispositio valeat omni meliori modo.

Sed quomodo probant hanc suam sententiam.

Respondeo 1. Adducunt ad materiam nostram illos interpretes, qui de æqualitate tituli agunt: & eam quæstionem cum nostra permiscent.

2. Non allegant authoritates in specie hanc quæstionem decidentes: sed dum multos interpretes pro illa theorica cumulant: quod testamento patris clausula *omni meliori modo* & codicillaris insit, se communiorem hanc partem esse, demonstrasse putant.

At hoc non est iura explicare, sed intricare potius: quum & illi, qui hanc sententiam oppugnant, præcitatam theoricam haud grauatim in suis terminis admittant.

Aut quidam instituti, quidam præteriti sunt: qui noster casus est: & tum si clausula codicillaris, aut omni meliori modo diserte in testamento expressa sit, cæteris requisitis concurrentibus, dispositio vt codicillus, aut alio modo iuxta terminos *d.l.filii. & l.fin.* sustinebitur. Quod infra fall. 27. D. V. explicabitur.

At si clausulæ præcitatæ, aut aliæ similes expressæ non sint, vtrum tunc tacite subintelligantur: & quod huius consequens est, dispositio *d.l.fin.C. famil.hercisc.* locum habeat, DD. controuertunt.

Et licet multi *u* præstantes Iureconsulti affirmatiuam sequantur, & aliqui eam veriorem etiam atq; communiorem esse perhibeant: negatiua tamen in puncto juris sustentabilior & receptior esse videtur.

u Hæc sententia, quod dispositio patris in omnem euentum, clausulam omni meliori modo, & clausulam codicillarem in se habeat, nititur duab. rationibus.

1. Fundamentum.

Clausula, omni meliori modo, inest testamentis vi præsumptionis iuris, siue sint testamenta inter extraneos facta, *l.3. de milit. testament.* siue parentum inter liberos. *gloss. l.cohared. §. cum filia. verb. non valuit. infra vulgar. & pupill.*

Respon. Verum hoc esse, 1. concurrente voluntate, & non limitata, 2. & in iis, quæ tacite insunt, & sub eadem forma continentur. Puta, vt testamentum solenne valeat vt nuncupatiuum: vt testamentum, quod non valet iure communi, valeat iure militari. *Molin.l.1. §. si quis ita. num.89. inf. verbor. oblig. Domin. de Magdal de num. testium in testam. requis. part.1. cap.6. num.20. & cap.16 num.*88. At in iis, quæ non insunt, aliud, vt codicillus non inest testamento. Ergo testamentum non valet vt codicillus, textus expressus *dict. §. cum filia.* nisi inter liberos. *vt per gloss. ibi. ex d. l. fin. C. famil. hercisc.* quod, vt dixi, verum est liberorum fauore. Ergo non procedit in odiosa dispositione, qualis est illa, in qua tituli est inæqualitas.

2. Fundamentum.

Si hæ clausulæ exprimerentur, testamentum procul dubio valeret vt codicillus. Sed habentur pro expressis vi styli. Ergo, &c.

Minorem probo: Nam hæ clausulæ communiter testamentis adduntur. At ea, quæ communiter ad actum adhiberi consueuerunt, etiam non addita pro additis habentur. *Gabr. Roman. lib.6. recept. conclus. tit. de consuetudine. conclus.3. num.34.35. Domin. de Magdal. d. part.1. cap.16. num.127.*

Videatur pro responsione *Gabr. Roman. d. tit. conclus.4. num.6.7. & libr.4. tit. de testam. conclus.5.* & apparet falsitas ex *l. fin. C. codicill. & d. §. coheredi.*

Hinc elicitur intellectus *leg. fin. Cod. famil. herciscund.* vbi dicitur: patris schedam valere saltem, vt diuisionem. Verum est, nisi testari voluerit, & aliquem de liberis præterierit. Nam propter hanc iniuriosam inæqualitatem institutiones concidunt, & res deducitur ad causam intestati, vsque adeo, vt æqualiter omnes liberi succedant. Cogitaui aliquando, & hanc rationem posse adduci: quod alias dispositio *d. §. aliud quoq; capitulum.* non rebus, sed verbis posita ille videretur, si vna via prohibitum, alia permitteretur. Sed toto cœlo hæc differunt, *in §. aliud quoq;.* Si alii essent hæredes, alter haberet titulum minus honorabilem. At per fideicommissum omnes in titulo ab intestato pares, & quarta manet filio præterito, vt quarta hæreditaria, *Castr. l. cum ex filio. num. 3 infr. vulg. & pupill.*

Tum (1) quod testamentum propter filii præteritionem vsque adeo nullum sit, vt si aliorum liberorum intersit testamentum annullari, præteritus ne quidem expresse testamentum in aliorum præiudicium probare possit: sed aliis quoque liberis integrum sit, nihil obstante comprobatione præteriti, testamentũ impugnare, vt videlicet defuncti iudicium

prorſus euertatur: & omnes liberi ab inteſtato veniant æquis partibus. Ita tenet *Benedict. loco relato. num.136. fallen.14. & nu.101. vſque 122. circa fall.7.* vbi recenſitis ex ordine quatuor opinionibus, plurimis fundamentis hanc ſententiam confirmat: quam etiam veram, communem, & in praxi tenendam tradunt *DD. ad fallen.7. proxime relati.* quibus adde quæ ad *l.1. q.5.* circa regulam, quod aditione hæredis exſtinguatur vulgaris *ampliat.6. infr. de vulg & pupill ſubſt.* annotata ſunt.

Tum (2) quod iura, quibus parentum minus ſolennes diſpoſitiones ſuſtinentur, iſto caſu procedant, vbi tituli æqualitatem parentes obſeruant, per prædicta.

x Succeſſio ab inteſtato eſt liberis fauorabilis, Vt proinde ſucceſſio communis teſtamentaria, qua inæqualitas inter liberos introducitur, parentum teſtatorum fauorem reſpicere videatur, vt p *Boer. deciſ.240. nu.8. 9.10.* Nattam quem refert & refellit *Sim. de Pret.* loco relato. Nattam ſequitur *Mant. de coniect. vlt. vol lib.6. tit.2. nu.12. verſic. quod autem.*

Eſtque ratio decidendi, quod eiuſmodi diſpoſitiones fauore x liberorum ſuſtineantur, quemadmodum eadem de cauſa in teſtamentis parentũ etiam minus ſolennibus clauſulæ præcitatæ ſubintelliguntur, *Gabr. Roman. lib.4. recept. concluſ. tit. de teſtament. concluſ.5. num.6. verſic. quarto limita. Carol. Molin. l.1. § ſi quis ita num.93. infr. verb. oblig. Sim. de Prat. lib.4. de interpret. vlt. volunt. eleganter interpret.3. dub.2. num.8.9.10.11. Dominic. de Magdal. in tract. de num. teſtium in teſtament. requiſ. part.1. cap.16. num.22. cum ſeq. nu 48. cum ſequentib. num.137. cum multis ſeqq. & maxime num.163.164.165.* vbi omnibus iis, quæ in contrarium adduci poſſunt, refutatis, hanc theoricam late confirmat, & communem atque veriorem eſſe oſtendit. Vt proinde fauorabiliter introducta, in odium liberorum retorquenda non ſint, *Couarr. d. c. Raynut. §.1. num.4. verſ. præterea.*

Ergo iura præcitata obtinebunt, vbicunque pater in liberorum fauorem teſtatur, ſecus ſi in odium. *Domin. de Magd. d. c.16. nu.48.49.* Neque dubium eſt, illam diſpoſitionem in odium liberorum tendere, vbi vnus ex liberis inſtitutus, alter præteritus eſt, *Domin. Magdal. ibidem. num.54.*

Tum (3) quod clauſula contra mentem teſtatoris nihil operetur. At contra mentẽ teſtatoris eſt, qui filium præteriit, vt clauſula ſubintelligatur, quando eius ea vis ſit, vt ab inteſtato venientes vocati intelligantur: quum qui præterire vult, vtique vocare nolit. Quæ ratio à nullo, quem ego viderim, tacta omnium mihi efficaciſſima videtur. Et hæc cauſa eſt, cur in materia *l. filii. & l. fin. C. famil. herciſc.* caſus præteritionis & exhæredationis, ab illarum legum materia, in qua clauſula ſubintelligitur, ſeparatur, vt infra circa materiam *l. hac conſultiſſima. §. ex imperfecto. C. eod.* Deo volente dicturus ſum.

y Ad hanc fallentiam adde, quæ dico *infr. in l. hac conſultiſſima. §. ex imperfecto. præmiſſo 2. Cod. hoc eod. tit.*

Decimaqvinta fallentia y eſt, quando præteritio tenderet in fauorem filii præteriti, *Bened. loco relato. num.137.* puta, ſi emancipatus filius nepoti in poteſtate aui relicto, ab extraneo hærede fideicommiſſariam hæreditatem, ſi liberatus aui poteſtate fuiſſet, reliquiſſet. Nam nepoti non eſt danda bonorum poſſeſſio, ſi ſuſpectus auus ſit, quaſi conſumpturus bona nepotis, *l. ſi emancipatus.16. infr. bon. poſſeſſ. cont. tab. Bart. in l. cum ex filio. num.3. ibi Imola num.3. prope fin. & Angel. num.3. infr. vulg. & pupill. Alex. in l. inter cætera. num.3. verſ. ſecundo fallit. infr. liber. & poſth. Iaſ. in Auth. nouiſſima. num.24. verſ. ſeptimo limita. C. inoff. teſtam. Vaſq. de ſucceſſ. creat. lib.2. §.20. num.271. fallent.12. & num.281. verſ. limita 21.* 356

Decimasexta limitatio eſt in teſtamento ad pias cauſas, quod DD. valere contendunt, etſi liberi in eo portiones ſuas titulo inſtitutionis non acceperint, *Bened. loco relato num.139.* 357

Ne impingamus, obſeruandum, duas peculiares apud DD. quæſtiones tractari: Prior, an inſtitutio hæredis in teſtamẽto ad pias cauſas neceſſaria ſit. Posterior, an ſi

an si in testamento patris pia causa hæres instituta sit, filius autem titulo institutionis honoratus non fuerit, testamentum concidat, an valeat.

Ad priorem quæstionem quod attinet, DD. volunt: tantum ius diuinum & naturale obseruandum esse in testamento ad pias causas, *c. relatum. de testam.*

Solennitatem vero institutionum non esse iuris diuini, aut naturalis, sed iuris ciuilis. Vt propterea omitti posse putent.

Respondeo: Minorem simpliciter acceptam veram non esse. Vt enim is homo non dicitur, cui caput abest, sed monstrum: Ita impossibile est testamentum proprie dici, in quo institutio facta non sit. Forma namq; actus non seruata, actus nullus est.

Vbi effectus est, ibi iure naturæ causam præexistere oportet, sed ex testamentis ad pias causas datur hæres & successor rectus atque vniuersalis.

Ergo necesse est, vt in eiusmodi testamentis hæres statuatur.

Respondeo ergo ad obiectionem: non necessarium esse, vt institutio in testamento ad pias causas 1. conceptis verbis, 2. aut expressim fiat: sed satis esse, si res ipsa vel 1. vere, aut 2. iuris interpretatione interueniat, vt supra circa *c. cum tibi. de testam.* dictum est. Hæc indubitata sunt, nisi æquiuocatione vocis (testamenti) ludere velimus.

Ad alteram quæstionem quod attinet, quæ proprie materia nostra est: receptior est Bartoli opinio, quod in testamento ad pias causas, non sit necessaria liberorum institutio.

Rationes adducuntur duæ:

1. Quod eiusmodi testamentum non subsit legum dispositioni, ad quam institutio pertineat.

2. Quod iam olim non esset contra pietatis officium liberis suam portionem alio quam institutionis titulo relinquere. Vt proinde ne hodie quidem eiusmodi dispositio iniqua videri debeat.

Hisce rationibus hanc immotam demonstrationem oppono: Iure diuino, naturali & gentium liberi repræsentant parentes, & sunt successores parentum, & in illorum iura substituuntur. Sed dispositio parentum, qua illi liberis portionem suam alio quam institutionis titulo relinquunt, tollit repræsentationem & successionem liberorum in bona & iura parentum. Ergo talis dispositio ius diuinum & naturale violat.

Et per consequens iuri naturali & diuino congruit, vt liberi instituantur.

Maiorem probo: Nam ex c. 27. Numer. Nam si quis moriatur, hæreditas transfertur ad filium. Hinc Diuus Paulus ad Rom. *cap. 8. vers. 17.* & ad Galat. *cap. 4. vers. 7.* hanc insolubilem consequentiam nectit: Si filii, etiam hæredes. Et alibi scribit: Parentes liberis debere thesaurizare. Hinc apud Beatum Lucam *cap. 16. vers. 31.* Pater filio, quem obsequentem habuerat, dicit: Fili, tu semper mecum es, & omnia mea tua sunt. Ita Abrahamus *Gen 24. vers. 36. & cap. 25. vers. 5.* dedit omnia quæcunq; ei fuerunt Isaaco: Filiis autem concubinarum dedit dona. Ita B. Iobus, vt ex historia eius, *c. 42. vers. 15.* patet, hæredes suos liberos esse omnes voluit, tam filios, quam filias. Et huc pertinet insignis ille B. Augustini canon, *quicunq. 17. q. 4.* Quicunq; vult, exhęredato filio hæredē facere Ecclesiam, quærat alterū, qui suscipiat, non Augustinum. Imo DEO propitio, neminem inueniat.

Ad ius naturæ quod attinet, extant ea de re insignia duo loca in liberis nostris: alter est in *l. scripto. 6. insr. vnde liberi.* Non sic (inquit) parentibus liberorum, vt liberis parentum debetur hæreditas: Quum parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittat: liberos naturæ simul & parentum commune votū. Alter in *l. cum ratio. 8. insr. de bon. damn.* vbi Iureconsultus dixit: rationem naturalem, quasi legem quandam tacitam liberis parentum hæreditatem adiicere, velut ad debitam successionem eos vocando.

Hinc ergo Maior liquet.

Minor (quod videlicet illi, qui liberis partem suam alio quam institutionis titulo relinquunt, successionem & surrogationem iure diuino & naturali statutā impugnent) profecto nulla probatione eget. Nam etsi & rei certæ & corporis certi successor dicitur, vt proinde & is personam alterius quodammodo repræsentare dicatur: Tamen propria illa tantum successio, surrogatio & repræsentatio dicitur, quæ in ius defuncti fit. Ea autem sine institutione non contingit. Is enim solus proprie successor dicitur, & personam defuncti repræsentat, qui hæres est in tota, vel in quota. Alii autem pro hæredibus vel successoribus non sunt.

In summa / wo der Sohn nicht instituirt wirdt / so ist er nicht Erb oder successor:

wo er

wo er nicht Erb oder successor ist / ibi violatur ius diuinum & naturale. Hæc certa sunt, quocunque fuco contrarium dogma pingatur.

Neque valet altera illa ratio: Iure veteri sufficiebat filium legitimam quolibet titulo habere: Ergo id non fuit contra pietatem, neque nunc est contra pietatem si aliquis hoc faciat.

Imo ego retorqueo argumentum. Quia olim quolibet titulo relinqui poterat: ius autem illud emendatum fuit: Ergo iniquum ius fuit. Nam si cum iure diuino & naturali conuenisset, id profecto nunquam fuisset emendatum. Ratio enim naturalis tanquam lex quædam non certas res, sed hæreditatem parentum liberis adiicit, *d. l. scripto. & d. l. cum ratio.* Cum hoc iure naturali coincidit ius nouissimum, quod filio sua legitima titulo institutionis relinquenda sit: vt videlicet successio, surrogatio & repræsentatio, quo liberi parentibus succedunt, surrogantur, & eos repræsentant, non prorsus tollatur, aut certe non violetur nimium.

Deinde dicere possumus, iura vetera non fuisse contra pietatem, id est, respectiue, vt sensus sit, minus contra pietatem fuisse, quam si quis omnino præteriisset, aut exhæredasset liberos sine causa. At si ad ius naturæ & diuinum respectum habeat: nullum dubium est, contra pietatem eum facere, qui causam piam instituit: & filiis suis tanquam liberis concubinariis dona aut legata dare vult: & omnem iuris diuini atque naturalis successionem, surrogationem atque repræsentationem tollere vult.

Et hanc tenet *Bart. in l. 1. num. 62. & seqq. C. de SS. Eccles. Alex. in l. inter cætera. num. 4.* dicens Bartoli sententiam communem, *infr. lib. & posthum. Ias. in d. Auth. nouiss. num. 23. versic. secundo fallit. Clar. §. testament. quæst. 6. num. 8. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 20. num. 246. Tiraq. qui multos adducit, de priuileg. piæ causæ. priuil. 14.* & omnium amplissime atque latissime hanc sententiam defendit *Domin. de Magdal. in tract. de num. testium in testam. requis. part. 2. cap. 3. num. 41. cum plurimis seqq. vsque ad fin.*

Tum (1) quod in testamento ad pias causas non ius ciuile, sed solummodo ius diuinum, naturale obseruetur, *cap. relat. 11. de testam. DD. locis præcit.* quum institutio liberorum sit merum iuris ciuilis inuentum, vt omnes maximo consensu docuere

Tum (2) quod testamentum, in quo liberi suas portiones alio quam institutionis titulo accipiunt, contra officium pietatis haudquaquam esse intelligatur: quum & iam olim suffecerit legitimam quoque titulo liberis relinqui, *l. cum quæritur. 6. l. omnimodo. 30. cum similib. C. inoff. test.*

Quibus rationibus hucusque non satis responsum esse, *Tiraquell & Domin. de Magdal. locis præcitatis,* contendunt

Contra Bartolum tamen quatuor rationibus tenent *Bald. & plures alii relati per Tiraquel. Bened. & Domin. de Magd. locis præcitatis.*

Rationes videri possunt apud Domin. de Magdal. *loco præcitato.*

1. Ratio est, quod priuilegium testandi ad pias causas intelligendum sit, saluo iure tertii. At maxime interest liberorum, vt instituantur propter ius accrescendi & alia commoda.

2. Et iure Canonico necessaria est in testamentis liberorum institutio.

3. Causa liberorum fauorabilior est, quam sit pia causa.

4. Si liberi non instituantur, habebuntur pro præteritis.

Ad has obiectiones omnes ex ordine & prolixe respondet *Domin. de Magdal.*

5. Pro sententia Baldi, ego aliam rationem produco, quæ à DD. vulgo in hac disputatione non solet allegari: quum tamē principale fundamentum totius huius quæstionis sit, puta, quod institutio liberorum ipsa per se non sit iuris ciuilis, sed potius diuini, naturalis & gentium, vt *Benedict. noster d. verb. in eod. testamento num. 136.* obscure sensit: licet non satis concludente ratione moueatur.

Et hinc est, quod in testamento patris inter liberos institutio necessaria sit: etsi illud quoque ad terminos iuris gentium non minus ac testamentum ad pias causas redactum sit.

Sed

Sed hæc disceptatio omnium optime distinctione componi posse videtur.

Aut enim liberi nihil omnino à parentibus suis acceperunt: & procul dubio fauorabilior est causa liberorum quam piç causæ. Huc celebris sententia Beati Augustini pertinet, relata *in c.fin.17.q.4.* Quicunque vult (inquit ille) exhæredato filio, hæredem facere Ecclesiam, quærat alterum, qui suscipiat: imo propitio DEO, neminem inueniat, &c.

Aut liberis est relicta legitima, quod DD. nostri in hac disputatione vltro citroque præsupponunt, vt ex iis, quæ post alios *Domin.de Magdal.loco præcitato.nu.75.* cumulat, liquere potest.

Siquidem pater, instituta pia causa, filio legitimam, aut Falcidiam, aut aliis idoneis verbis relinquat, quæ commoda interpretatione iuuari possunt: filium in legitima hæredem institutum esse interpretabimur, vt sic dispositio sustineatur potius, quam vt pereat, iuxta ea, quæ supra fallent. 1. & 2. dicta sunt.

At si verba commodam interpretationem non admittant, sed liberos præteritos esse constet: hoc casu dispositio testatoris, quo ad institutionem de pia causa factam, prorsus concidit. Et idem de hoc testamẽto statuendum, quod supra fallent. 14. de testamento parentum inter liberos dictum est: nisi forte clausula codicillaris, aut clausula omni meliori modo, aliave similis in testamento expressa sit.

Nullum enim dubium est, quin iure diuino, naturali, & gentium liberi parentes suos repræsentent, & sint successores parentum, atq; in illorum iura substituantur. *Num.27.Luc.16.vers.31.Rom.8.vers.17. Gal.4.vers.7.l.scripto.6.infr. vnde liberi. l.cum ratio 8.infr.bon.damn.*

At dispositio parentum, qua liberi aut sine causa excluduntur omnino, aut illis portio certa alio quam institutionis titulo relinquitur, procul dubio repræsentationem illam & successionem vniuersalem liberorum tollit.

Ergo eiusmodi dispositio ius diuinum & naturale violat.

Cui porro consectarium est, vt liberorum institutio, si non tam verba quam rem ipsam spectare velimus, iuris diuini potius & gentium quam ciuilis sit, quod & *Benedict.* sensit *d.verb in eodem testamento. num.136. Dominic.de Magdal.post Bald. & Ias.de num.testium.in testament.requis.parte 1.cap.16. num.56.*

Neque valet euasio, quod iam olim nihil contra pietatis officium factum existimaretur, si quis liberis portiones suas alio quam institutionis titulo reliquisset: Vt proinde & hodie nil contra pietatem hoc nomine admitti videatur.

Nam hoc argumentum optima ratione retorqueri potest.

Quum enim ius vetus iure nouissimo emendatum sit: iniquum ergo fuit, vtpote iuri diuino & naturali contrarium: quibus repræsentatio & successio liberorum statuitur.

Et hæc causa procul dubio est, vt etiam in testamento patris inter liberos iure nouissimo institutio necessario requiratur: etsi in testamẽto eiusmodi non minus atque in testamento ad pias causas omnes iuris positiui solennitates remissæ sint.

Vt proinde Baldi, & eorum, qui ipsius partes tuentur, sententia, in hoc posteriore distinctionis membro verior sit.

58 XX. Fallentia est, si pater aliquid reliquisset filio pro benedictione, vt rusti-

vt rustici faciunt, z *Benedict. loco præcitato num. 213.* Quod indubitanter verum, si communis vsus loquendi benedictionis verbum pro institutione accipiat, *Franc. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 4. nu. 5.* Nam alias plerique dissentiunt, vt *Alex. consil. 70. num. 9. lib. 2. Ias. d. Auth. nouissima. num. 29. Bened. loco relato.* Et quid de hac forma & omnibus similibus, quibus testatores vtuntur, statuendum sit, exponit *Imol. in l. 1. num. 50. cum seqq. infr. hæred. instit. Ias. d. Auth. nouissima. n. 24 cum seqq. Phil. Franc. d. c. si pater. col. 19. vers. octauo quæritur, quid si pater reliquit filio: cum duab. col. seqq. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 20. num. 247. cum multis seqq. Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib. 3. interpret. 1. dub. 1 sol. 1. & vnica per tot. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 4. tit. 3. nu. 22. cum seqq. & tit. 4. num. 4. 5. Clar. §. testamentum. q. 35. per tot.*

z Ita in veteri testamento Isaacus Iacobum, & Iacobũ filios instituisse putatur. *not. aliquid Iacob. Richard. de vnione prolium. cap. 3. num. 44.*

Vigesima prima limitatio est, si pater statuto adstrictus fuit, vt pro filio solueret condemnationem, & ea ratione expenderet legitimam, vbi etiam agit de patre, qui assignauit filio legatum in vita.

De 22. limitatione, id est, testamento condito secundum formulam Galli, supra dixi, in hac materia institutionis hæredis, requisito 5. *versic. infer secundo si testator faciat testamentum secundum consilium Galli.*

XXIII. Limitatio est in substitutione exemplari. Nam parens filium mente captum, & ex eo nepotes habens, filium quidem in legitima instituere, & eidem vel vnum vel certos, vel omnes nepotes exemplariter substituere potest, *l. humanitatis. 9. C. impub. & al. substit.* quæ pro hac decisione aperta esse videtur: Et qui præteriti sunt, aut exhæredati nepotes, neque de auo conqueri possunt: quum propter filium præcedentem lege ad institutionem eis obstrictus non fuerit: neque etiam de patre mente capto: quum testamentum, quantum ad ordinationem, non patris, sed aui dispositio fuerit, *l. Papinianus. 7. §. sed nec impuberis. supr. inoff. test.* atque ita post plures alios tenet *Benedict. loco relato. num. 225.* 359

Verum contrarium, quod videlicet parentes facientes exemplarem, non possint nepotes præterire, aut sine causa exhæredare, tenent *Bart. Alex. Angel. Salic. Rip. in l. ex facto. infr. vulg. & pupill. gloss. Bald. Angel. Salyc. Alex. & Dec. in d. l. humanitatis.* Et hæc sententia verior, æquior & communior, & proinde in iudicando & consulendo sequenda est, vt recte iudicat *Alex. Trentacinq. de substitut. part. 3. cap. 5. num. 5. & plures refert Graff. §. substitutio. q. 47. num. 3.* Neque enim *d. l. humanitatis.* a quærit, vtrum auus nepotes ibi præterire, aut sine causa exhæredare possit. Quare ad hoc thema trahendus non est. Sed hoc tantum Imperator voluit, non licere parenti, qui vel quæ testatur, alios quam ex filio mente capto descendentes substituere. Quando autem vel vnum vel certos tantum substituere auus, cæteros vero exhæredare possit, id ab aliis iuribus petendum erit.

a Textus tantum loquitur de institutione, quod non liceat alios instituere quam liberos. Et hoc vult, stantibus liberis, non posse substitui extraneos sed omnino requiri, vt omnes, aut certi, aut vnus ad minimũ instituantur pro hæredibus. Cæterum quid iuris de liberorũ præteritione, vel exhæredatione sit, id ab aliis iuribus petendum est.

XXIV. Fallentia est in posthumo præterito, qui, viuo testatore, & 360
nascitur, atque decedit. Nam licet illud testamentum agnatione posthumi rumpatur: si tamen, viuo testatore, is decedat, testamentum, quod ab initio constitit, conualescit iure prætorio. *Ita Bened. loco relato. num. 226. leg. posthum. 12. in princ. ibi Bart. num. 3. Angel. num. 1. & reliqui. infr. in inst. test.* huius textus casum alibi in iure non haberi *Castr. ibi num. 1. & 2. & Imol.* Et intellectum propositum *Iacob. de Rauen. & Petri* verum esse, *Alber. num. 2. Bald. ante num. & Imol. ibi* testati sunt. *Addatur Bolog. ad l. posthumo. num. 19. C. bon. poss. cont. tab.* Neque dubium est, hanc sententiam receptam & communem esse, *Iul. Clar. §. testament. q. 45. num. 2. & 3. Alphan. in reportat. nu. 545. Forcatul. Dialog. 10. num. 4. Graff. §. testam. q. 36. num. 18. 19.*

Hæc

Hæc sententia: quod testamentum agnatione posthumi rumpatur: limitatur duobus modis, qui sunt apud DD. quos allegaui: I. est, si posthumus nascatur non idoneo tempore, ita vt viuere nequeat, puta, sexto mense. *Ita post alios Clar & Graff.* II. fallit: si edito posthumo, tam cito moriatur pater, vt testamenti mutandi nullam facultatem habuerit. Nam si alios liberos institueret, testamentum consistit: & posthumus quoque institutus fingitur. Hanc fallentiam tradit *Bened. loco relato.* Videnda sunt ea, quæ supra de casibus fictæ institutionis dixi, illatione 2. vbi materiam *l.3. C. inoffic. testament.* attigi.

361 XXV. Limitatio est de filio iam nato præterito, si duo concurrant. 1. quod videlicet is filius moriatur, viuo testatore: 2. & instituti sint venientes ab intestato, *dict. l. postumus. vers. idem & circa.* Ita enim post *Iacob. de Rauen. & Petrum*, textum *d. l. postumus. Bart. Bald. Castr. Ang. Alb. de Rosat. & alii* exponunt, *Bolog. d. l. posthumo. nu. 44. versic. tertia est limitatio. & nu. 51.* Vt quemadmodum, posthumo præterito, testamentum conualescit iure prætorio, si is, viuo testatore, moriatur: ita idem fit in filio iam nato moriente, institutis venientibus ab intestato. Rationem decidendi post *DD. loco relato* adfert *Bened. num. 227.*

Verius autem aliquibus videtur, quum testamentum, quod ab initio nullum est, tractu temporis non conualescat: id testamentum in quo forma iuris prætorii *b* concurrit, iure Prætorio ob præteritionem non esse nullum, vt proinde filio mortuo ante testatorē valeat. Quam sententiam latissime propugnat, vtriusque partis rationibus productis & examinatis, *Bologn. d. l. posthumo. nu. 45. vsq. 52.* etsi non modo communis, *Bolog. ibi nu. 48.* sed & magis communis DD. opinio in contrarium sit: quod videlicet testamentum, in quo filius est præteritus, etiam iure prætorio nullū sit, *Clar. §. testam. q. 43. nu. 1.* de quo rationes *Bologn. loco præcitato* considerandæ sunt.

b Forma iuris Prætorii, vt scriptura & septem testium signa. *§. sed prædicta. Instit. de testam. Bologn. num. 47. C. bon. poss. cont. tabul.* quæ semper inest in testamento solenni in scriptis.

Et licet *Alciat.* quo ad casum & facti speciem *in d. versic. idem & circa.* ab omnibus dissentiat: & textum haudquaquam de præterito filio, sed aliter exponendum statuat, *in lib. 3. paradox. c. 8.* illum tamen refellit *Fris. paradox. lib. 2. cap. 5.*

Porro quod de testamento ob præteritionem filii nullo dictum est: idem in testamento per capitis diminutionem irrito verum esse, ex textu liquet, vt videlicet statu redintegrato, consistat testamentum iure prætorio, si erant instituti venientes ab intestato. Ita *tex. & DD. ibi Vasq. de success. resolut. lib. 2. §. 15. num. 6.*

Textus *d. l. postumus. in versic. idem est & circa. &c.* disputabilis est.

Idem est (inquit Iureconsultus) & circa iniustum & irritum testamentum dicendum (quod videlicet iure prætorio conualescat) si bon. possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.

DD. nostri communiter exponunt iniustum testamentum, de eo, quod ob præteritionem nullum est. Et dicunt ex illo bon. possess. peti posse, si præteritus viuo testatore moriatur.

Variant autem interpretes in multis.

1. Quo ad intellectum.

Nam *Alciat loco præcit.* contra DD. communem intellectum, Vlpianus (inquit) *in d. l. postumus.* loquitur de iniusto testamento. At testamentum iniustum est, in quo solennia desunt: & distinguitur ab eo, in quo filius est præteritus.

Ita enim tradit Papin. *in l. 1. infr. iniust. testam.* Testamentum aut non iure factum dicitur (id est, iniustum) vbi solennia iuris defuerunt: aut nullius esse momenti: quum filius, qui fuit in patris potestate, præteritus est.

Hinc *Alciat.* infert, textum nostrum non de testamento, in quo filius præteritus est: sed de testamento, in quo solennia, puta, signa & testes desunt, accipiendum.

Refutatur *Alciat.* 1. Nam etsi Papin. *in dict. l. 1.* accurate verba distinguat: tamen constat passim in iure nostro, illud etiam testamentum iniustum dici, in quo filius præteritus.

2. Si textus accipiendus esset de testamento, in quo solennia, id est, signa & testes omissi essent: nulla ex tali testamento bon. possess. daretur.

Ergo communis DD. intellectus tenendus.

II. Secundo variant DD. in ratione decidendi.

Communiter enim DD. existimant, testamentum, in quo filius præteritus, etiam iure prætorio nullum esse, & rationem decidendi adducunt, de qua per *Benedict. nostrum.*

At *Bologn. loco relato*, testamentum, in quo forma iuris prætorii concurrit, iure prætorio ob præteritionem non esse nullum contendit: & hinc rationem deducit, cur ex tali testamento, filio ante patrem testatorem mortuo, bon. possess. detur.

III. Tertio variant in requisitis textus nostri.

DD. communiter duo requirunt pro decisione textus nostri: 1. Vt filius præteritus moriatur ante patrem: 2. Vt sint instituti venientes ab intestato.

Angel. *in d. l. n. num. 1.* tertium requisitum addit. De quo videnda sententia *Ioann. de Imola ibi num. 3.*

Vasq. *de success. resolut. lib. 2. § 15. num. 6.* intelligit textum contra omnes etiam in non veniente ab intestato.

Estque notandum in casu huius atque præcedentis fallentiæ adhuc hodie bonorum possessionem necessariam esse, *Bald. d. l. posth. nu. 2.* dicens communem, *Castr. nu. 2. Angel. nu. 2.* dicens veram, *Imol. num. 1. & 2. Alber. de Rosat. nu. 2. Bolog. in d. l. posthum. num. 44. Bened. loco relato. num. 227.*

Remedia Prætoria hodie superuacua, *Bologn. in Auth. ex causa. num. 35. C. liber. pret.*

Fallit in duobus casibus h.

Fallit 3. in emancipato præterito cum causa, vt dixi supra in hac materia, ampliatione 20.

Fallit 4. infra, circa *Auth. ex causa. C. de lib. pret. ampliat. 15. declarat. 3.*

Fallit 5. supra circa diuisionem institutionis, in limitat. 3. ad regulam, quod conditionalis dispositio institutionem suspendat.

Fallit 6. si post primum testamentum, secundum fecero: & secundum postea cancellauero, volens decedere cum primo, hic est casus *l. qui ex liberis. § testamento. infr. bon. poss. ff. cont. tab.* pro quo vide DD. *in l. sancimus ibi Bald. num. 5. & 6. & maxime Castrens. num. 5. C. h. tit. n.*

Et breuiter de casibus, in quibus hodie bonorum possessio necessaria est, plene notatur *in l. fin. C. vnde cognati.* refert *Cyn. in l. omnium. num. 5. C. de testam. Vasqu. de success. resolut. lib. 2. § 15. num. 3. & sequentib.*

Magnus est vsus huius inuestigationis, vtrum testamentum consistat iure prætorio, vel ciuili: & vtrum bonorum possessio necessaria sit, vel non sit.

Nam I. bonorum possessio agnoscenda est coram iudice: sed hæreditas adiri potest etiam extra iudicium, *Imol. d. l. posthumus. num. 1. & 2.*

II. Infra annum petenda bonorum possessio, alias ab hæreditate excluditur: ius adeundi perpetuum est, *Benedict. loc. relato.* Quod tamen dicitur per annum, quem à bonorum possessione excludi, explica vt per *Alber. de Rosat. d. l. posthumus. nu. 1.* si quis scilicet sibi bonorum possessionem delatam ignorat.

XXVI. Fallentia est in præterito cum causa, si illa probetur, *Ias. in Auth. ex causa. num. 1. vers. circa hoc tamen. C. lib. pret.* Sed rectius contrarium tenet *Benedict. loco relato, num. 228.* Tum quod filius neque institutus, neque exhæredatus sit: vt proinde forma non seruata, causam testamento insertam probari nil releuet. Tum quod hoc pacto duo, scriptus videlicet hæres, & filius vtpote exhæredatus, à successione non exclusus, hæreditatis domini essent. Et hanc post Alex. verã esse pronũciat, *Bolog. in Auth. ex causa. num. 22. vbi etiam explicat. C. lib. prater. & plures in id cumulat Graff. § testam. quæst. 49. num. 1. & 2.* 362

XXVII. Fal-

363 XXVII. Fallentia de clausula codicillari. *c* Nam etsi hodie ex causa exhæredationis vel præteritionis testamentum tantum quo ad institutiones irritum fit: cætera vero etiam sine clausula codicillari sustineantur ex *d. Auth. ex causa. C. de lib. prat.* Tamen vbi clausula codicillaris testamento subiicitur, etiam hæredi scripto, cuius institutio alias ex causa exhæredationis vel præteritionis concideret, prouidetur. Testatores enim videntes testamenta non nisi multis solennibus confici, & multis subiacere impugnationibus, clausula codicillari in testamentis suis vti cœperunt, per quam omnis dispositio, quæ primum collata erat in hæredes scriptos, in venientes ab intestato dirigitur. Et ita resoluitur testatoris Voluntas, ac si testator dixisset: si testamentum non valet, vel valebit, ego volo, quod venientes ab intestato obseruent meam Voluntatem, puta, vt præstent legata, fideicommissa, & quod iure directo instituti capere nequeunt, id capient per obliquum; Ita vt venientes ab intestato illis hæreditatem, salua legitima & Trebellianica, cæteris paribus, restituant, *Bologn. in Auth. ex causa. num. 72. C. liber. prater.*

Materia clausulæ codicillaris vsq; ad *nu. 372. & apud Ang. in tra. de testam. gloss. 98. 99.* quæ diligenter cognoscenda erit: Cum nulla fere testamenta reperiantur, quæ sub hac clausula concepta nō sunt. *Lancel. Gall. de statut. q. 7 nu. 20.*

c Idem de clausulis similibus. *Domin. de Magdal. in tract. de num. testium in testament. requis. part. 1. c. 6. num. 3.*

Idem est de iuramento, id enim habet vim clausulæ omni meliori modo, & facit, vt testamentum valeat, tanquam codicillus. *Molin. l. 1. §. si quis ita. num. 84. cum seqq. infr. verbor oblegat. Domin. de Magdal. d. part. 1. cap. 7. per tot. & maxime num. 33. & cap. 16. num. 125. Gabr. Roman. libr. 4. recept. conclus. tit. de testament. conclus. 5. per tot.* latissime de hac materia differit *Io. Guter. relatus supra num. 89.*

Hanc enim clausulæ codicillaris *d* sententiam esse constat.

Tum (1) quod omnia, quæ relinquuntur in defectum testamenti, videantur relicta, vt à succedentibus ab intestato. *l. Lucius. 90. §. filiam. infr. legat. 2.* Vnde quum testator dicat, si non valet iure testamenti, valeat iure codicillorum, videtur venientes ab intestato rogasse de hæreditate per fideicommissum hæredi scripto restituenda.

d De duplici effectu clausulæ codicillaris videatur *Benedict. verb. testamentum. el 3. num. 17.*

Tum (2) quod paria sint rogare venientes ab intestato, vt hæredi scripto bona restituant, vel clausula codicillari vti. *l. ex testamento. 28. C. fideicomm. iunct. l. ex ea scriptura. 29 §. fin. h. tit. n.*

Tum (3) per *l. codicillis 91. §. fin. infr. legat. 2. Dominic. de Magd. in tr. de num. testium in testam. requisit. part. 1. cap. 6. num. 34.* Rationes post *Dyn.* tradidere *Cyn. in d. Auth. ex causa. num. 14. ibi Alber de Rosat. num. 33.*

364 Et licet *gl. fin. ibidem* senserit, clausulam in casu nostro nihil, sed tum demum operari, si testamentum solennitate iuris, puta, testium numero, vel alia destituatur: Tamen omnes interpretes contra glossam tenent, quod in casu nostro quoq; propter clausulam codicillarem, inducatur fideicommissum. Ita post *Dyn.* sensit *Cyn. d. Auth. ex causa. nu. 14. ibi Bart. num. 23 24.* qui omnes DD. ita tenere ait: *Angel. prope fin.* dicens, glossam falsam esse. *Bald. num. 64. Alber. num. 33. Castr. num. 15.* qui omnes DD. glossam illam reprobare testatur. *Alex. num. 13* dicens, glossam magis communiter damnari, *e & num. 12.* ibi per duas rationes illam glossam refellit *Ias. nu. 22.* qui idem cum aliis profitetur. *Bolog. num. 80. Graff. num. 26. vers. prædicta conclus. Bart. in l. 1. quæst. 7. infr. iure codicill. DD. in l. eam quam. C. fideicomm. Corn. consil. 158. num. 37. lib. 2. Ias. in Auth. nouissima. num. 24. versic. octauo limita. C. inoffic. testam. Philip. Franc. in cap. si pater. col. 22. versic. duodecimo & vltimo quæritur. de test. in 6. Bologn. in l. posth. num. 44. vers. aliam limitationem. C. bon. possess.*

e Contra hanc decisionem: quod per clausulam codicillaré institutio conuertatur in fideicommissum, videtur impugnari per illud iuris axioma: quod legata relicta à præterito nō valeant. Quem enim non honoro, onerare non possum. *l. 2. infra legat. 2.* & dicetur paulo post, Dεo volente. Respond. Textum procedere in relicto, quod pure factum est Nam id non valet, etsi postea hæreditas ad eum perueniat. Quum quod ab initio inutile est, tractu temporis non conualescat. Aliud est in relicto collato in tempus, quo hæreditas ad præteritum peruenit, vt est in casu nostro. Quia testator intelligitur præteritum grauare in eum casum, quando ad ipsum hæreditas peruenit. *Castr. d. Auth. ex causa. num. 15.*

cont.tab. Item Bologn. declarat in l.hac verba.num.111.infr.legat.1.late explicat Benedict. loco relato. fallen.27.num.229. vsque 248. & maxime num.242. vbi hanc magis communem esse probat, *& nu.236.* eandem veram & communem, *& Mar. Socin. Iun.cons.3.num.27.lib.4.* qui magis communem, & in iudicando atque consulendo tenendam dicit: & luculente declarat *Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib.3.interpr.1. dub.6. solut.4.num.18.19. & lib.2.interpr.1. dub.1.solut.11. num.1. & per tot. & solut.10.num.79. Gabr.Rom.lib.6.recept.conclus. tit.de clausulis. conclus.7. Dilect. de arte testandi.tit.3. caut.1.nu.4. Clar.§.test.q.46. per tot. Couar.c. Raynut.§.1.num.4. vers.item non obstat.extr.eod.tit. Diaz.reg.90. clausula codicillaris. Hotoman.cons.50.num.10. Mant.de coniect.vlt.vol.lib.1.tit.1. num.10.& lib.7 tit.12.num.27.lib.12.tit.1.num.40. Vasq.de success.creat.lib.2.§.20. num.251. & num.272. & de success.progr. lib.3. § 30.* f *num.48. vbi suo more disputat. Domin. de Magd. in tract. de num.testium in test. requis.part.1.cap.6.nu.25. cum seqq. Gross § testament.q.50.num.1. Idem § Trebell.q.4.num.4.*

f Vasquius ibi distinguit. Si filius (inquit) probat innocentiam, totum testamentum concidit. At si hæres probet filii culpam, totum testamentum valet. Quod si neque innocentia, neque culpa probata sit, tum media via exigitur. Nam filius ab intestato hæres erit, sed legata præstabit.

Porro vt clausula codicillaris prædictum effectum operetur, requiritur I. vt mens testatoris concurrat. Nil enim clausula operatur in iis, quæ sunt contra mentem testatoris, *DD. in l. ex ea scriptura. § fin. h.tit. nu. Carol. Molin. l.1. § si quis ita.num.92. infra. verb. obligat. Sim.de Prat.de interpret.vlt. vol.lib.2.interpr.1.dub.1 solut.11.num.11.cum seqq.* 365

II. Requiritur, vt requisita codicilli concurrant, *Sim.de Prat.d.solut.11. num.1.2.3.4. quæ cumulauit Nepos à Monte Alban.de except.cap.21.num.6.cum seqq. Ioann. Schneid. in princ. num.3. Inst.de codicill.*

III. Requiritur, vt clausula codicillaris g per testatorem expressa sit, *l. fin. vers.illud. C. codicill.l.1. infr. eod. l. cohæredi §.cum filiæ.infr.vulg. & pupill.Sim. de Prat.de interpr.vlt.vol.lib.2.inter.1.dub.1 sol.10.num.32. Gab.Rom.lib.4.tit.de testamentis. concl.5. per tot.* Et verior quidem atq; magis communis conclusio est: quum clausula codicillaris, vt omnes fatentur, de consuetudine Notariorum apponatur, quod testator eo ipso, dum Notarium suum testamentũ scribere iubet, simul velle videatur, vt ponat in testamento suo clausulas, in testamento ex communi vsu testantium & scribentium adhiberi solitas, *Gabr. Rom.lib.6 recept.conclus.tit.de consuetud. conclus.3. & 4. Sim. de Prat.d solut.10.num.56.cum mult.seqq. Domin. Magd.in tr.de testibus testamentariis.part.1. c.16.nu.131. cum.seqq.* h etsi plures dissentiant, in quibus *Anch. Iun.lib.2.quæst.11.num.12.* Expressa autem interdum etiam per abbreuiaturam &c. videtur, vt declarat *Sim.de Prat.d.solut.10.num.68.*

g Interdum clausula codicillaris exprimitur, interdũ pro expressa habetur. Habetur pro expressa vel vi styli, *vt inf.num.486 vers. & hanc.* vel ita, vt notarius eam in instrumento testamẽti adscribere possit, si fuerit de instrumento testamenti conficiendo rogatus. Nam requisitus intelligitur, vt clausulas cõsuetas addat. *Grat.cõs.102. per tot.Cephal.cons.88 num.3. Gabr.Rom lib.6 tit.de consuetud. concl.3. & 4. Mascard libr.2. de probat. conclus.1102.* Potest ergo Notarius protocollum abbreuiatum & cæteratum extendere secundum suam consuetudinem: & si de sua non constet, secundum generalem: *Grat.ibi num.3.* Hinc elegans dogma statuitur. quod Notarius addere possit ea, quæ subintelliguntur de consuetudine, & vigore capitum continentium abbreuiationes seu cæterationes. *Mandel.cons.59 n.5.* Et quatenus hæc notarii potestas se extendat, pulchre differit *Cephal.d.cons.88. Gabr.Rom. & Mascard. locis relatis. Dom. Magdal.in tr. de testib. testam. part.1.cap.16.num.127. vsq; 135.*

h Defendi potest Anchoran. & aliorum contraria sententia in testatore clausularum imperito: Si aut non relegerit instrumentum testamenti (quo casu illud nullius momenti est) aut probetur testatori clausularum vim a notario non fuisse expositam, *Mascard lib.2. de probat. conclus.1103. num.16 17.*

Imo & tacite interdum intelligitur addita ex mente testatoris, *Gabr. Roman. lib.4. recept. conclus.tit.de testam.conclus.5.num.2. Sim.de Prat.d.solut.10. num.32.cum seqq.*

IV. Vt per clausulam codicillarem contra omne impedimentum, futurum scilicet & præsens, prouideatur, & proinde testamentum semper ad fideicommissum trahatur, necesse est, vt nõ tantum per verba præsen- 366

tis:

tis, sed etiam futuri temporis concipiatur: puta, si non valet, vel valebit vt testamentum: Quum interdum testamentum ab initio nullum sit, interdum ex post facto expugnetur. *i* Ita docet *Alberic. de Ros. d. Auth. ex causa. num. 35. ibi Salyc. num. 24. 25. Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib. 2. interpret. 1. dub. 1. solut. 10. num. 80. vsque ad fin.* qui de tota hac re & phrasibus futurum tempus respicientibus, eleganter disserit: *& solut. 11. nu. 5. 6. 7.* Ample hanc materiam tractat *Gabr. Rom. lib. 6. recept. concl. tit. de clausulis reg. 8. per tot.*

i Quando testamẽtum ab initio nullum: quãdo ex post factoexpugnandũ, videatur *in d. Auth. ex causa. Cyn. num. 7. Bartol. num. 12. 13. 14. Ang. num. 8. Castren. num. 9. 11. Salyc. nu. 7. 9. 17. egregie Bologn. num. 47. vsq. 62. Ias. num. 18. vers. tum in secunda. & num. 19.* Vbi interpretes agunt de remediis competentib. liberis exhæredatis & præteritis, quando videlicet remedio nullitatis, querela, aut bonorum possess. contra tabulas vtendum.

In hac materia sic distinguendum: Aut ipse testator expressum facit fideicommissum, & tum res certa est, *Salyc. loco præcitat. num. 24. 25.* Sed vtrum tunc venientes ab intestato cogantur restituere scripto, vt scriptus restituat fideicommissario: an vero venientes ab intestato sine circuitu possint ipsi hæreditatem restituere fideicommissario, docet *Salyc. ibid. num. 25.*

Interdum expressim fideicommissum non fecit, sed clausula codicillari est vsus.

Et tum aut ita expressit clausulam: volo valere dispositionem meam iure codicilli & testamenti: & tum clausula subsidiaria non est, quando videlicet actus vt testamentum, & vt codicillus valere potest: sed in electione honorati est, quam ipse viam amplecti velit, & vna via electa, alia tollitur. At si dispositio tantum vt codicillus valere possit, copulatiua resoluitur in alternatiuam, *Sim. de Prat. d. solut. 10. num. 75. cum seq.* Testatur autem *Bolog. in l. hæc verba. nu. 110. infr. legat. 1.* hunc modum ita videlicet concipiendi clausulam codicillarem non practicari.

Aut testator, qui facit institutionem coram 7. testibus, dixit, se nolle dispositionem illam valere iure codicillorum, Dic, *vt per Alex. l. non codicillum. nu. 2. ibi Ias. nu. 1. C. de testam.* & vide quæ ibi dixi, & quæ notat *Castr. in l. testam. non ideo. C. eod. tit.*

Aut ita concipitur, quemadmodum communiter fieri solet, si non valet iure testamentum, valeat vt codicillus, &c. quo casu clausula est subsidiaria, facta in defectum testamenti, *Sim. de Prat. d. solut. 11. num 75. cum sequentib.* & hunc sensum habet: si non valet, id est, quatenus non valet, *Bart. d. Auth. ex causa. num. 22. 25. ibi Bald. num. 58. Castrens. num. 15. Alber. num. 37.*

Ergo si clausula sit concepta per verba præsentis temporis, & testamentum ab initio nullum sit, tum operatur clausula suum effectum, vt testamentum conuertatur in fideicommissum. Nam hic sensus est: si mea dispositio non valet, id est, si nunc & ab initio non valet, quia quamlibet dispositionem in dubio intelligimus de tempore præsenti, vt supra dixi.

Hinc sequitur, si testamentum ab initio non esset validum, sed foret expugnandum, vt, quia filius esset exhæredatus ex causa legitima, quæ tamen vera non esset, & filius postea rescinderet testamentum per querelam, quod testamentum non conuerteretur in fideicommissum, sed institutio à testatore facta in totum & funditus concideret.

Ergo vt in omnem euentum clausula operetur, consulunt DD. nostri, vt ea non per verba præsentis tantum, sed & futuri temporis concipiatur.

367 Consultissimum autem est, vt ad euitandas omnes disputationes, testatores hac clausula vtantur: Hoc volo esse meum vltimum testamentum, & vltimam Voluntatem & ordinationem, quam valere volo iure testamenti: & si iure testamenti non valet, ratione præteritionis, vel exhæredationis, agnationis posthumi, vel defectus alicuius alterius solennitatis, seu quacunque alia ex causa, valeat iure codicillorum, vel epistolæ, vel donationis causa mortis, vel inter viuos, vel ad causas pias, vel iure distributionis, vel ordinationis factæ inter liberos, vel iure cuiuslibet alterius vltimæ Voluntatis etiam minus solennis, vel iure fideicommissi, & omni alio modo atque iure, quo melius valere poterit, quoquo modo, rogans omnes ad hæreditatem meam venientes ex testamento, vel ab intestato, vel aliquo modo, vel iure, vt seruent contẽta in eo, restituendo etiam hæreditatem per fideicommissum scriptis hæredibus, &c. Et hanc esse plenissi-

nissimam clausulam contra omnes defectus, & quam sępe testamentis apposuerit, docet *Alberic. de Rosat. d. Auth. ex causa. num. 36.*

368 V. Vt vigore clausulæ codicillaris venientes ab intestato cogantur hæredi scripto restituere hæreditatem, requiritur, vt testator non prouiderit de alio fideicommissario. Nam si ipse testator de alio fideicommissario prouideat, clausula codicillaris nullum plane effectum habet, fauore instituti. Fideicommissum enim sustinetur quidem, & proinde illi quem testator expressit, hæreditas instituitur, iuxta veram & communem DD. sententiam, de qua (Deo volente) postea. At institutio plane concidit, & venientes ab intestato restitutionem faciunt, non ipse institutus, qui nihil commodi hoc casu habet, *Alex. d. Auth. ex causa. num. 13 ibi Salyc. num. 23. 24. 25. Benedict. d. verb. in eodem testamento relinquens. num. 244. Sim. de Prat. d. solut. 10. num. 79.*

369 VI. Necesse est, vt venientes ab intestato hæreditatem adeant, *Alex. d. Auth. ex causa. num. 14. Benedict. d. verb. in eodem testamento relinquens. num. 245. & verb. testamentum. el 3. num. 10. & sequentib. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. d. solut. 11. nu. 18 26. 27.* Vbi simul docet, quid iuris sit, si venientes ab intestato adire nolint. Quæ ad hæredem in primo gradu ab intestato succedentem pertinent. Nam ille per clausulam codicillarem grauatus intelligitur, vt scripto hæreditatem per fideicommissum restituat. Aliud, si ille esset mortuus, vel aliter exclusus. Nam sequentes in gradu non intelliguntur grauati, *l. 1. §. fin. infr. legat. 1. gl. in l. non iustam. verb. repetitum. ibi DD.* k *C. ad SC. Trebell.* Estq; sententia communis, vt per *Ias. in l. licet Imperator. n. 39. infr. legat. 1. Vasq.* (qui tamen distinguit) *de success. resolut. lib. 2. §. 11. num. 50. Bened. d. verb. in eodem testamento relinquens. num. 246.*

k Relicta à veniente ab intestato, nō intelliguntur repetita in secūdo gradu. Nam succedens ab intestato, qui est in primo gradu, dicitur habere voluntatem defuncti. At sequens in gradu, veniens ex successorio edicto, non dicitur venire ex volūtate defuncti. Ergo ad legata nō tenetur.

VII. Necesse est, vt absque culpa hæredis scripti testamentum euertatur. Ergo si turpi persona instituta, testamentum rescindatur per querelam à fratre: clausula codicillaris nihil operabitur fauore hæredis scripti, *Bened. ct. dict. verb. in eodem testamento relinquens. num. 245. Gabr. Rom. an. lib. 6 recept. conclus. tit. de claus. conclus. 7. num. 3. 4. Sim. de Prat. d. solut. 11. num. 19. vsque 26.*

VIII. & vltimo necesse est, vt tempore, quo deficit testamentum, adsit hæres scriptus, cui præstari fideicommissum possit. Quod *Sim. de Prat. d. solut. 11. num. 9.* declarat.

370 Amplia hanc totam materiam. 1. Nam si clausula codicillaris testamento subiecta sit per verba, Si non valet, &c. & testamentum ab initio nullum sit, filius vnam tantum quartam deducit. Pure enim videtur relictum fideicommissum, quod statim restituendum est venientibus ab intestato, *Bart. in l. Papinian. §. meminisse. nu. 5. sup. inoff. test.* Estque communis DD. sententia, vt apparet ex traditis per *Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 7. tit. 12. n. 27. Graff. §. Trebel. q. 4. n. 4. vers. sed quid si testamentum?* Aliud si testamentū ab initio viribus subsisteret, & ex post facto (agnatione videlicet posthumi) irritaretur, atq; clausula in futurum collata foret, per verba, Si non valet, vel valebit. Nam tunc duæ quartæ deducerentur, *Bald. d. §. meminisse. num. 3. Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib. 2. interpr. 1. dub. 1. solut. 11. num. 39. & lib. 3. interpr. 1. dub. 6. sol. 4. num. 19. Diaz. reg. 90. incip. clausula codicillaris.*

371 Amplia 2. Nam & præcedente testamento valido, fideicommissum inducitur, si posteriori clausula codicillaris insit, *Alex. d. Auth. ex causa. n. 21. Benedict. d. verb. in eodem testamento. num. 241. luculente Sim. de Prat. d. solut. 11. num. 18.*

Coniun-

372 Coniunxit *Benedict. noster* materiam clausulæ codicillaris & *Auth. ex causa.* Estque harum materiarum affinitas euidens.

Nam si testamentum ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum sit, concidit institutio, conseruantur legata, ex *Auth. nostra.* At vbi clausula codicillaris additur: & legata atq; institutiones conseruantur. Ita quidem vt dispositio, quę iure directo non valet, per indirectum iure fideicommissi sustineatur.

Porro ad hoc vt *Auth. nostra* procedat, requiritur, vt præteritio scienter facta sit.

Quod si pater filium præterierit, quem se habere ignorabat, totum testamentum funditus concidit: & ne legata quidem sustinentur.

Huius distinctionis authorem aliqui faciunt Bartolum, cuius sententia est communiter recepta: quum quidem multi *Auth.* indistincte accipiant, non etiam nulli aliter distinguant.

Verum cum hac doctrina Bartoli pugnare videtur, quod supra in materia institutionis hæredis requisito V. declaratione 2. illatione 2. dixi. Si prægnans, institutis duobus filiis, tertium enixa, in puerperio decedat, testamentum non concidere, sed potius omissum pro instituto haberi, *per l. 3. C. inoff. testam.* & addidi ibi ex Benedicto, idem esse in patre.

Respondeo: Authentica nostra & doctrina Bartoli intelligenda est de ea ignorantia, in qua parens decedit.

At vbi ante mortem 1. scit se filium præteriisse, 2. tantum autem temporis non habet, vt commode testamentum emendare possit: 3. & filii in testamento scripti sunt, ibi *d. l. 3.* cum iis, quæ supra dixi, procedunt. Sustinetur enim testamentum: quum de fauore liberorum agatur, & præteritus est pro instituto.

At si peregrini instituti forent, indistincte testamentum concideret, siue pater, aut mater habuissent idoneum tempus mutandi testamentum, siue non habuissent.

Ita procedit ampliatio 2. quam mox tradam. Dummodo isto casu, si commode testamentum mutare potuisset, certo constet: quod tempore testamenti ignorasset, se filium habere, & sic ignoranter non alia de causa filium præteriisset.

Porro sine clausula codicillari ex causa exhæredationis vel præteritionis, institutiones irritantur: cætera vero firma manent, *d. Auth. ex causa. ibi omnes DD. & Alphan. in reportat. num. 71.* *Materia Authen. ex caus. C. lib. præteritis. vsq; ad num. 397.*

Nam etsi dicendum videbatur funditus & in totum testamentum concidere debere, id quod & iure statutum fuerat, *l. filio præterito. 17. infr. in iust. testam. Clar. §. testamentum. quæst. 52. num. 1. Vasq. de success. creat. lib. 3 §. 30. num. 75. vers. fallit trigesimoquarto.*

Tum (1) quod amens præsumatur esse, qui liberos non curat, *l. hoc colore. 2. sup. inoff. testam. l. Titia. 13. in fin. l. Patron. 35. §. fin. infr. legat. 3. Cyn. d. Auth. ex causa. num. 15. Bald. num. 33. Ang. num. 11. Alex. num. 12. Salyc. num. 4.*

Tum (2) quod sublato capite principali ipsius testamenti, id est, institutione, tollantur & accessoria, *Bald. d. Auth. ex causa. num. 32. 34. ibi Castr. nu. 1. Grass. num. 40. 41.*

Tum (3) quod omnia legata & fideicommissa habeant tacitam in se cōditionem, si ex testamento adeatur hæreditas, *Bald. d. Auth. ex causa. num. 45.* At irrito testamento, cessat institutio: cessante institutione, non potest adiri hæreditas, vbi autem non aditur hęreditas, nihil valet eorum, quæ in testamento scripta sunt, *Cyn. d. Auth ex causa. num. 3. Bolog. num. 43.*

Contrarium tamen deciditur per Imperatorem.

Tum (1) quod causa testati deterior esse non debeat, quam causa intestati, *Bald. d. Auth ex causa. num. 1. 2.*

Tum (2) quod testator in sola institutione peccauerit, vt proinde in ea sola sit puniendus, saluis aliis testamenti capitibus, quæ filio etiam hærede instituto, viribus substitissent. Ita DD. communiter sentiunt *in dict. Auth. ex causa. ibi Salyc. numer. 4. Grass. numer. 43. Benedict. d. verb. in eo-*

dem testamento relinquens. num. 230. cum sequentib. Rainald. Corf. lib. 1. indagat. cap. 23.

Ad rationes autem dubitandi præmissas DD. vbertim respondent locis præcitatis.

Porro, vt decisio *d. Auth. ex causa.* obtineat, requiritur I. vt præteritio sc̄ienter facta sit. Nam vbi ignoranter est præteritus, vel iam natus, quem testator sese habere ignorabat, vel posthumus, iura antiqua manent incorrecta, adeo vt testamentum nullo iure valeat, sed funditus atque in totum euertatur. *Bart. in d. Auth. ex causa. num. 4. Angel. num. 1. 2. 3.* qui tamen latius distinguit. Et Bartoli sententiam magis communem *Ias. dict. Auth. ex causa. num. 4. ibi Graff. num. 101. vsq. 112. Bened. d. verb. in eodem testamento relinquens. num. 233. Iacob. Menoch. de arbit. iudic. lib. 2. cent. 2. casu. 147. Clar. §. testamentum. q. 52. nu. 4. Vasq. de success. progress. lib. 3. § 30. nu. 49. Cephal. cons. 585. num. 26. cum seqq. Graff. §. legatum. q. 67. num. 3.* æquiorem *Alex. nu. 16.* æquiorem, veriorem, & in iudicando tenendam *Ias. Clar. Graff. locis relatis*, & ample relatis vtriusque partis fundamentis, communem esse & saluari posse dixit *Bologn. num. 30. vsque 33.* 375

Ex hoc requisito infertur, decisionem *Auth. nostræ* non procedere in præteritione, quæ ab initio ipso iure testamentum nullum reddit: vtpote quæ fit cum silentio, & obliuionis præsumptionem habet. Ita *Graff. d. Auth. ex causa. num. 69. vsq. 82.*

Verum hæc illatio tuta non est, neque DD. in præteritione distinguunt, quo ad *Auth. nostræ* dispositionem.

Verum contra Bartolum tenet *Bald.* per multas rationes *in d. Auth. ex causa. num. 13. 14. 15. 16.* cuius sententiam *Alex. ibi num. 14.* per tres columnas prolixe tuetur, & magis communem atq; veram esse profitetur: etsi non magno tempore post natum posthumum testator vixerit. Idem tenet *Salyc. num. 8.* qui sex fundamenta pro hac opinione adducit. Eandem veriorem dicit, licet cum communi transeat *Bolog. n. 30.* Communem esse testatur *Corn. cons. 264. num. 11. libr. 2. & cons. 158. num. 36. eod. libro* dicit, hanc esse de rigore veriorem, licet propter authoritatem Bartoli, & plures, qui eum sequūtur, eam tenere non audeat. *Ang. in tr. de testam. gl. 71. n. 7. 8 9.* vbi hanc communem esse testatur: & ad fundamenta aduersæ partis respondet.

Priorem autem sententiam retentam amplia 1. vt procedat, etiamsi clausula codicillaris testamento inesset. Hæc fuit sententia Nicolai de Matarellis originaliter, quam sibi vsurpauit *Bart.* vt refert *Bald. d. Auth. ex causa. num. 57.* & hanc luculentissime defendit *Ias. ibi num. 24. Clar. d. qu. 46. num. 2. Graff. dict. qu. 67. num. 4. 5. 6. Onciac. quæstione iurisphilosophica 30. num. 2. Corn. consil. 194. num. 6. lib. 3. late Cephal. cons. 585. num. 27. latissime explicat Gabr. Roman. lib. 6. recept. conclus. tit. de clausul. reg. 8. per tot.* 374

Distinctio Nicolai hæc est: Quando disputatio incidit de efficacia clausulæ codicillaris, ita distinguendum: Aut quærimus de legatis, & clausula nil operatur, sed est superuacua: quia legata conseruantur vigore huius *Auth.* Aut quærimus de institutione, an illa vigore clausulæ conuertatur in fideicommissum. Et subdistingue: Aut enim præteritio fit à sciente, & clausula operatur fideicommissum: aut fit ab ignorante, & nil operatur clausula. De hac vide *Bald. loco præcitato. num. 57. 58. & 64.* Et constat quidem non Bartolum modo, sed omnes DD. magis communiter membra huius distinctionis omnia esse amplexos.

Amplia 2. & 3. vt per *Graff. d. Auth. ex causa. num. 115. & num. 118.*

Porro hæc sententia sic ampliata multis modis limitatur per *DD. in d. Auth. ex causa. ibi per Ang. num. 1. 2. 3. Ias. num. 6. Bolog. num. 321. Graff. num. 122.*

vsq.

vsque 132. Benedict. d. verb. in eodem testamento relinquens. num. 231. vsque 234. & num. 241. vers. secundo loco. & nu. 247. Menoch. de arbit. iud. lib. 2. cent. 2. casu 147. Socin. reg. 55. incip. Auth. ex causa. Corn. cons. 158. num. 37. lib. 2. cons. 194. nu. 6. lib. 3. Cephal. cons. 585. num. 38. cum seqq.

Vltra DD. limitationes declara hanc materiam per ea, quæ dixi supra in materia institutionis hæredis, requisito V. declaratione 2. illatione 2. ad finem.

375 SECVNDO requiritur, vt legata relinquantur vel ab hærede instituto, vel simpliciter. Nàm quæ à præterito, vel exhæredato relicta essent, in totum conciderent, neque per *Auth. nostram* conseruarentur. Quum is, qui honoratus non est, ne onerari quidem possit, *l. 2. infr. legat. 3. l. ab eo. 9. C. fideicom.* Et hæc est sententia Dyni, quam *in d. Auth. ex causa.* sequitur *Cyn. num. 5. & 15. Bart. num. 8. Bald. num. 31. Angel. num. 7. Alberic. num. 15. Salycet. num. 13. Ias. num. 16. versic. quarto notabiliter. Bologn. num. 36. Graff. nu. 133. versic. secundo limitatur. Benedict. d. verb. in eodem testamento relinquens. nu. 235. 236. 241. vers. quinto non habet locum. Clar. §. testamentum. quæst. 54. nu. 3.* Quinimo tale legatum aut fideicommissum non valeret, etiamsi clausula codicillaris adesset, *l. qui filium. 31. C. de fideicomm. d. l. 2. Benedict. d verb. in eodem testamento relinquens. num. 236. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 3. interpret. 1. dub. 2. solut. 1. num. 34.*

376 TERTIO ad hoc, vt cætera, præter institutionem conseruentur, requiritur, vt nullum aliud testamentum validum præcesserit illud testamentum posterius, in quo præteritio vel exhæredatio facta est. Nam in casu *Auth. nostræ* præteritus vel exhæredatus, irritato testamento, ab intestato succedit, & in locum eius, qui institutus fuerat, substituitur, quo ad onera & commoda, l *DD. in d. Auth. ex causa. ibi Alex. nu. 10. & 21. vers. vltimo quæro. Castr. num. 15. Alberic. nu. 43.* qui distinguit, *Benedict. d. verb. in eodem testamento relinquens. num. 237. vers. nam vbi non est.* nisi sit onus cohærens personæ hæredis scripti: *Bart. dict. Auth. ex causa. num. 17. 18. Alex. num. 9.* dicens communem, *Salycet. num. 26. Ias. num. 11. 12. Bologn. nu. 66. Bened. loco relato.* Aut extraneus institutus sit sub conditione. Nam tunc filius ab intestato veniens, reiecta conditione, statim succedit, *Bald. d. Auth. ex causa. nu. 61.*

l Quia cogitur legata & alia onera præstare, quæ fuissent iniūcta defuncto. Idē aiunt DD. cū quod datur causa conditionis implēdæ, ad eum pertineat. De quo vide *Bolognet. num. 68. & num. 70. fallen. 4.*

At si præcederet aliud testamentum validum, in quo filius institutus esset, tum vtique instituto in secundo testamēto non substitueretur ille, neque veniret ab intestato. Tum quod testamentum posterius testamentum nullū atq; inualidum non potuerit tollere præcedens validum. Tum quod causa testati excludat intestati causam. Ergo tunc filius non teneretur ad onera posterioris, sed ad onera primi testamenti: posterius autem testamentum funditus concideret, *DD. in d. Auth. ex causa. ibi Bald. num. 55. Alex. num. 21. vers. vltimo quæro. Bened. loco relato.*

Quod verum, etsi in primo testamento filius tantum in legitima, alius autem vniuersaliter esset institutus, *Bened. ibid. num. 241.*

Declara tamen hæc, nisi posterius testamentum habeat clausulam codicillarem. Nam tunc filius in primo testamento scriptus hæres, ex secundo vigore clausulę illius rogatus intelligitur, vt instituto in secundo testamento hæreditatem per fideicommissum restituat, *DD. in d. Auth. ex causa. ibi Alex. num. 21. ad fin. Bened. d. verb. in eodem testamento relinquens. num. 241. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib 2. interp. 1. dub. 1. solut. 11. num. 18.*

377 QVARTO requiritur, vt simus in testamentis ascendentium & descendentium. Nam tunc irritata institutione, cætera conseruantur: aliud est

est in transuersalibus, quando scilicet instituta turpi persona, testamentum per querelam rescinditur. Nam tunc testamentum funditus concidit, & ne legata quidem præstantur: quum textus noster de illis non loquatur, neq; eo extendi possit, *DD. in d. Auth. ex causa. ibi Alex. nu. 19.* dicens hanc veriorem. *Ias. nu. 16. Bologn. num. 39.* qui communem & tenendam esse dicit, & ad omnia fundamenta contrariæ partis respondet, *& nu. 70. vers. secundo limitatur. Dec. in l. liberi. nu. 13. C. bonor possess. cont. tab.* vbi ad argumentum respondet: Quod fratres nõ debeant esse melioris conditionis quam liberi, *Benedict. d. verb. in eodem testamento relinquens. num. 241. vers. quarto locum.* communem dicit *Clar. §. testamentum. quæst. 52. num. 5.* qui tamen contrarium tenet: & dicit quæstionem esse arduam, quæ egeret decisione Cæsaris. Ita contrarium etiam decidit *Bellon. lib. 4. supput. cap. 20. per tot.* in casu statuti vel consuetudinis, quæ omnibus venientibus ab intestato legitimam relinqui vult, & nisi illud fiat, testamentum annullat. Nam talem consuetudinem vel statutum dicit habere interpretationem passiuam à iure communi, ita vt legata firma maneant.

Fundamentum, quo impugnatur hæc communis DD. sententia, est, quod irritato testamento, in quo liberi præteriti sunt, legata tamen & cætera omnia à liberis sunt præstanda. Iam si frater, instituta turpi persona, rescindens testamentum fratris, non cogeretur legata præstare, collateralium conditio multo melior esset, quam liberorum. Argumentum, vt nihil dissimulem, non est leue. Ad illud autem, & ad alia respondent DD. locis præcitatis. Ego disputationem non magni momenti esse iudico: quia hodie omnibus testamentis additur clausula codicillaris. ea addita, veniens ab intestato rogatus videbitur, vt legata præstet. Nam licet instituta turpi persona, clausula codicillaris nihil operetur, quo ad institutionem, vt supra dixi: (Non enim institutio conuertitur in fideicommissum: quum turpis persona hoc iuris beneficio indigna sit) tamen operabitur, quo ad legata. Nam clausulæ hæc vis est.

QVINTO requiritur, vt filius in testamento sit exhæredatus, aut præteritus, *d. Auth. ex causa. ibi DD. omnes.* Ergo si pater filium in testamento in re certa hæredem scripserit, & extraneum hæredem instituerit eum eo vniuersaliter: postea autem codicillis relictum filio ademerit, filius non poterit testamentum dicere nullum: quia in testamento est institutus, neq; illa institutio per codicillum euerti potuit: quum in codicillis neque institutio, neque exhæredatio fiat: & hæreditas codicillis neque detur, neque adimatur, *Bald. d. Auth. ex causa. num. 56.* 378

SEXTO & vltimo necessarium est, vt à veniente ab intestato hereditas adita, vel bonorũ possessio petita sit: Vbi enim nulla aditio, ibi nulla legata debentur: quũ citra aditionem hæreditatis non possint conseruari, *l. ex testam. 29. C. fideicom. l. si nemo. 142. infr. reg. iur. DD. in l. eam quam. ibi Ias. nu. 10. C. fideicom.* Vnde legatarius probare debet, hæreditatem ab intestato aditam, vel bonorum possessionem petitam, *l. 1. C. fideicom. libert. gl. fin. l. qui filio. 38. §. seruus. infr. hared. inst.* Cessante n. capite testamenti, id est, institutione testatoris, *Auth. nostra* aliud substituit, id est, hæredem ab intestato venientem, & eius vel aditionem, vel petitionem bonorum possessionis, *Bald. d. Auth. ex causa. nu. 32. 34. Bened. d. verb. in eodem testamento relinquens. num. 237.* 379

Porro ad regulam: quod non adita hæreditate, nihil eorum valeat, quæ in testamento scripta sunt, *Corn. in d. l. eam quam. ibi Corn. 25.* limitationes tradit, & aliquas etiam habet *Ias. ibi num. 10. vsq. 21.* quas refert *Bologn.* m *in d. Auth. ex causa. num. 43.* cum aliis quibusdam. *Vasq. de success. progr. lib. 3. §. 30. num. 51. Dec. in d. l. si nemo. ibi Cagnol. num. 3.*

m Bolognet. dicit, Iasonem 10. casus ponere. sed est erratum scriptoris. sunt casus 12. ille addit tres.

Hisce concurrentibus Auth. nostræ locus est. 380

Amplia

Amplia I. Nam quod textus dixit, ex causa exhæredationis vel præteritionis testamentum irritum esse, quantum ad institutionem, id etiam ad substitutiones directas pertinet, per quas iniuria filio infertur, & testatori, qui peccauit, succeditur, vt est substitutio vulgaris. Ita tradit *Bart. in d. Auth. ex causa. num. 16. ibi Bald. num. 36. Salyc. num. 15. Castr. num. 1. Ias. nu. 10.* Communem *ibi* dicit *Bolog. num. 63. Grass. num. 115. Bened. d. verb. nu. 230. 239. Clar. §. testamentum. quæst. 54. num. 2. DD. in l. 2. ibi Ripa num. 42. Alciat. num. 45. infr. vulgari & pupill. substit. Vasqu. de success. progress. lib. 2. §. 15. num. 14. versic. quartus casus. Gomez. tom. 1. cap. 3. num. 24. Trentacinq. in tract. substit. part. 1. cap. 1. num. 18.*

381 Amplia II. Nam quod dicitur, cætera, præter institutionem, firma remanere, procedit non modo in legato & fideicommisso particulari, sed etiam vniuersali. Ita sensit *Vbertus de Cremona, vt refert Alberic. de Rosat. d. Auth. ex causa. num. 30. & 31. ibi Bart. num. 16. Bald. num. 43. Alex. num. 8. Salyc. num. 25. Ias. num. 11. Bologn. num. 65. qui tamen distinguit. Grass. num. 147. Dec. consil. 86. num. 3. ibi additio. Benedict. d. verb. in eodem testamento relinquens. nu. 237. Clar. dict. quæst. 54. num. 1. Paris. consil. 60. num. 11. consil. 64. num. 8. lib. 2.* Estque hæc sententia communis, quemadmodum *Alex. Dec. & ibi additio, atq. Clar. locis præcitatis* testati sunt, & verissima. Nam textus § *sancimus itaq. in fin. ibi, si autem hæc omnia non fuerint obseruata. in Auth. vt quum de appell. cognosc.* expressim dicit, quod fideicommissum conseruetur. Quod necessario accipiendum est de fideicommisso vniuersali: quum alias hoc verbum in textu ociosum foret, atq; superuacaneum: ea ratione, quod fideicommissa particularia iam tum legatis comparata essent: & sub legatis, de quibus textus ille diserte quoq; locutus est, comprehendi potuerint. Deinde textus non distinguit inter particularia & vniuersalia fideicommissa. Vt proinde à nobis limitandus aut distinguendus non sit, *Salycet. dict. Auth. ex causa. num. 25.* præsertim quum talia fideicommissa non impediant successionem ab intestato, & filio etiam instituto iniungi potuissent, *Clar. loco præcitato.*

Contrarium autem tenet *Alber. Papiens.* cuius argumenta refert *Alber. de Rosat. d. §. ex causa. num. 30. 31.*

Priorem tamen veram & communem sententiam retentam limita, vt solum procedat in filio scienter præterito: secus si testator ignoraret, se liberos habere, *Salyc. d. Auth. ex causa. num. 25. additio ad Dec. d. consil. 86. verb. vniuersale.*

Additio ad Decium ibi duas alias limitationes ponit: quas non credo esse veras: & author illarum fallentiarum nihil allegat, sed potius (nisi multum fallor) contra omnes DD. sine authoritate loquitur. Distinguit ibi additio: Vtrum illi, qui instituti & onerati sunt, ab intestato succedere possint, nec ne? At iura nostra indistincte dicunt, fideicommissum conseruari, nulla facta distinctione, vtrum in testamento quod per præteritum vel exhæredatum irritatur, liberi vel extranei instituti sint. Quare illas limitationes non recipio.

382 Amplia III. vt etiam sustineatur pupillaris *n* & exemplaris substitutio. Ita sensit *Vbert. de Crem. referente Alberico in dict. Auth. ex causa. num. 31. ibi Bart. num. 16. & 18. Alex. num. 7. Castr. num. 1.* Quam *ibidem* communem & veriorem *Salyc. num. 15.* communem & tenendam, imo magis communem dicit *Clar. d. quæst. 54. nu. 2. DD. in l. 2. ibi Alciat.* hanc sententiam aliquot modis limitat. *nu. 41. cum seqq.* qui scribit punctum quidem disputabilem, sed hanc opinionem receptiorem, & cum pluribus sentiendum esse, *Gomez. tom. 1.*

n Nouissime hunc punctũ late tractat *Alex. Trentacinq. in tr. subst. part. 2. c. 14. qu. 5. num. 11. vsq. 17.* vbi tres quidem casus distinguit: sed in omnib. cõcludit pupillarem conseruari.

tom.1.cap.3.n.24. quam etiam sequuntur post alios *Benedict.d.verb.in eodem testamento.nu.238.239. & Graff.in d. Auth.ex causa.nu.149.*

Tum (1) per textus nostri generalitatem, quam & exceptio de institutione magis ampliat.

Tum (2) per *l.nam quod.14.§.si quis compulsus.infr.ad SC. Trebell.ibi* casum expressum esse *Bart.* dixit pro hac quæstione.

Tum (3) per *l.2. §. adeo autem.infr.vulg.& pupill.*

Tum (4) quod hæ substitutiones non impediant successionem ab intestato, *Clar.d.q.54.nu.2.*

Contrarium tamen tenuit *Dyn.* quem sequitur *Cyn. in d. Auth. ex causa. num.16. & Bald. qui ad fundamenta prioris opinionis respondet num.39. 41. 42. Vasq.de success.progr.lib.3.§ 30.nu.51.Fumæus de subst.nu.50.*

Tum (1) quod non valeat vulgaris: Ergo nec pupillaris: Quæ si valeret, vulgarem tacitam in se contineret: (imo vero non contineret, repugnante videlicet iure.)

Tum (2) quod non possit pupillaris tacita valere, nisi pater & sibi testamentum condat. At paternum testamentum concidit: Ergo nec pupillare testamentum, quod illius sequela est, stabit: Quia peruenitur ad eum casum, à quo pupillaris substitutio incipere non potest. (Hanc rationem damnat *Alberic. de Ros.d. Auth. ex causa.nu.31.& Alex.nu.7.* eam ob causam, quod & tutelæ dationes ex *Auth. nostra* confirmentur, quas tamen sine testamento & institutione, cæteroquin non subsistere constet.)

Tum (3) quod hoc pacto pater testatus & intestatus decederet. (At hoc non obstat: quum *Auth.nostra* solas institutiones irritas haberi: cætera omnia in suo robore perstare velit.)

Priorem sententiam retentam subamplia 1. vt procedat non modo in 383 substitutione, quæ fit instituto filio, *Bald.consil.93.lib.3.Angel.d. Auth.ex causa. num.7. additio ad Alex. ibi num. 8. Clar. d. quæst.54.num.2.* Verum etiam in ea, quæ fit præterito: quum concernat fauorem præteriti, cui facta est, vt proinde ab eo non rumpatur, *Castr.d.Auth.ex causa.num.16.ibi Ias.n.10.&14.* dicens communem, *Bologn. num.64. versic. & ideo. Benedict.d.verb.in eodem testamento.num.241. vers.secundo locum. Clar.d. quæst.54.num.2.* qui ipse quoque communem dicit.

Subamplia 2. in tacita pupillari contenta sub vulgari: quum ex dispositione *Auth. nostra* per se stet, vt proinde vitiato expresso, non propterea & tacitum vitiari oporteat, *Bolognet.d.Auth.ex causa.nu.64.*

Limita hanc sententiam: Nam quod dicitur, pupillarem, instituto filio, factam valere, non obstante præteritione alterius filii: id hactenus verum est, si alter ille filius scienter sit præteritus. Nam si ignoranter facta sit, pupillaris non consistet: quum non sit vero simile patrem extraneos suis liberis fuisse prælaturum, si eos se habere sciuisset. *Ita Salyc. d. Auth.ex causa. num.25.*

Amplia IV. vt idem sit in tutela & cura, quod clare dixit textus in cor- 384 pore, & sequitur *in d. Auth. Bart.num.18. Bald.nu.37.40.42. Alber.de Ros.nu.31. Alex.num.7. Castr.num.1. Ias.num.14.Bologn.num.67.Benedict.d.verb.in eodem testamento.num.240.* Etsi perperam & contra apertum textum dissentiat *Cyn. ibi num. 17.*

Amplia V. in mandatis testatorum. *Bald.d. Auth.ex causa.num.42.*

Amplia VI. in constitutione executorum. *Bart.d. Auth.ex causa.nu.18. Bald.num.42.Bolog.num.67.*

Amplia

Amplia VII. in substitutionibus, quæ in legatis vel fideicommissis fiunt, *Bald.d. Auth ex causa.num.42.*

Amplia VIII. in libertatibus, quod clare textus in corpore dixit. Idem tradit *Bologn.d. Auth ex causa. num.67.*

Amplia IX. in legatis relictis in codicillis factis ante testamentum conditum, *Clar.d q.54 num.5. Graff d. Auth ex causa.num.150.*

Amplia X. in relictis in vim modi vel conditionis, *Bart.d.Auth.ex causa. um.18 Bald.num.24. Ias num.14. Bologn.num 67.*

Amplia XI. in codicillis, etsi aliqui dissentiant, *Alberic.d. Auth.ex causa. num.32.*

385 Amplia XII. Vt hæc *Auth.* non tantum procedat in præteritione materna, (quum Imperatorem nostrum de exhæredatione egisse certo constet: & præteritio matris atque ascendentium per lineam maternam pro exhæredatione fit, & hodie valeat, si legitimam causam insertam habeat, *§. aliud quoque capitulum. in Auth. vt quum de appell. cognosc. gl. in §. exhæredatos, verb. voluit. in Auth. de hæred. & Falcid. Bart. in d. Auth.ex causa.num.12 ibi notanter Bald.num.5. Alber. num.21. Ias num.18. Bologn.num.45. Ludouic. Rom. in l.2.ibi Alex. num.10. Ias.num.18.& 19. C. bonor.poss.cont tab. Alciat.lib.4. parerg. cap.12. Clar.§. testamentum.q.52.num.2.*)

Constat inter omnes DD. *Auth.nostram* loqui in exhæredatione: id enim ex textu patet: & in corpore, vnde textus desumitur, hoc Imperator noue introducit, exhæredationes faciendas esse cum causa. Quare quum hoc apud omnes certum sit: consequens ergo est, textum de præteritione materna omnino esse accipiendum. Nam præteritio matris est pro exhæredatione: eam ob causam, quod mater secundum iura 12. tabularum non teneatur filium instituere, vel exhæredare, *Bald.d.Auth.ex causa.* Tum enim requiritur exhæredatio vel exclusio à dominio, quando illud iure liberis defertur. At hoc pertinet tantum ad suos, qui sub potestate sunt. In extraneis, id est, in iis, qui sub potestate non sunt, & in quos iura dominium rerum paternarum non continuant, inepta & ociosa res est exhæredatio. Et sicut fratrem aut alios frustra dico exhæredare: ita idem de matre, quæ exhæredare non tenetur, imo exhæredare non potest, *Bald.d. Auth.ex causa. num.5.ibi Alberic.num.21.Bologn.num 45.* Hinc dicimus, præteritionem matris esse pro exhæredatione. Et hæc res certa. Sed hic oritur dubium: an hic textus in præteritione etiam paterna loquatur. Grauis hæc iam olim fuit controuersia. Nā quum textus in corpore de causis exhæredationum agat, hinc aliqui opinati sunt, textum nihil de præteritione patris agere, sed omnia illa, quæ ibi disponuntur tantum pertinere ad exhæredatum, & verbum præteritionis accipiendum de præteritione tantum materna, quæ vim exhæredationis habeat. Sed hæc sententia magis communiter damnatur. Ita quidem, vt hodie expeditum sit, textum etiam de præteritione paterna loqui.

Sed & in præteritione paterna locum sibi vendicet. Nam licet de hac multi dubitarint, vt *gl. in d. §. aliud quoque capitulum. Azo, Dy. Iacob.de Butr. de Aren. & Petr. relati per Bart. in d. Auth.ex causa.num.2. & Salycet.num.8.* Tamen constanter eam amplexi sunt *Vbert. Crem. in d. Auth.ex causa ibi Cyn. num.7.8. Bald. num.9.* qui veriorem dicit, *& num.22.* addit, contrariam Iacobi Butrii & aliorum opinionem carere intellectu, ratione & veritate. Eleganter declarat *Alberic. de Ros.num.11.& 23. Alex. num 4.5. & 15.* magis communem dicens, *Salyc.num.5.* qui sex fundamenta pro hac opinione adducit, & eam communem esse testatur, & ad contraria respondet, *& num.8. Ias.num.1.* eandem post prolixam disputationem, communem & veram ibi dicit, *Bologn.num.27. late Graff.num.49 vsque 69. Corn. consil.158. num.1.& seq. lib.2. Dec.consil.86.num.3.* vbi communem dicit: Tandem hanc eleganti ratione *Ias. loco præcit.* comprobat, cui totum mundum non responsurum esse, confidenter pronunciat: Quod videlicet exhæredatio

 sine

ſine cauſa à patre facta, ſit præteritio, *l. non putauit. 8. §. non quauis. infr. bon. poſſeſſ. cont. tab. & textus expreſſus in §. eadem. Inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer.* vbi præteriti dicuntur, qui neq; hæredes inſtituti, neque vt oportet exhęredati ſunt. Quare quum textus in corpore, vnde ſumitur, citra omnem controuerſiam in exhęredatione patris, ſine cauſa facta loquatur: Inde ergo ille conficit, in præteritione quoque paterna textum loqui.

Et ſcribit *Salyc. d. Auth. ex cauſa. num. 8.* ita omnes DD. tenuiſſe vſque ad ætatem Bartoli, qui hanc ſententiam in præteritione ſcienter facta intellexerit, & iura vetera incorrecta manere contenderit, ſi filius ſit ignoranter præteritus. Qua de re ea videnda, quæ proxime in requiſito primo dicta ſunt.

Amplia XIII. vt *Auth. noſtra* etiam procedat in poſthumo. Nam etſi poſthumo præterito, teſtamentum rumpatur: ex rupto autem teſtamento nihil deberi aut peti poſſe explorati iuris ſit. *l. 1. C. poſth. hæred. inſtit.* Vnde aliquibus viſum eſt, *Auth. noſtram* in iam nato, textũ autem *d. l. 1.* in poſthumo procedere. Quam conciliationem & ſententiam *Oldrad. Richard. Malumb. Iacob. de Butr. Odofred. Guid. de Suz. Vbert. Crem.* & communiter Moderni amplexi ſunt: vt refert *Alber. de Roſ. d. Auth. ex cauſa. n. 13.* vbi duas *o* pro hac opinione rationes adducit: & ſe pluries ita de facto coram magnis peritis obtinuiſſe teſtatur: Aliis tamen contraria ſententia magis placuit, quod *d. l. 1.* per textum *Auth. noſtra* prorſus corrigatur. 386

o Rationes duæ adferũtur pro hac ſententia: I. Textus in Authent. agit de liberis, ex cauſa ſufficiente ingratitudinis aut exhæredandis à patre, aut prætereundis à matre. Ergo non pertinet ad poſthumos, qui nullam ingratitudinem committere poſſunt. Reſpond. Admittunt DD. qui hac ratiocinatione vtuntur, fallaciam diuiſionis. Nam textus noſter non tantum exponit, quid pro ſubſtantia validæ exhæredationis paternæ & præteritionis maternæ requiratur: ſed etiam antitheſin ponit, quo ad exhæredationem & præteritionem. Vult, inquam, liberos eo modo, vt ibi exponitur, exhæredari, & præteriri: non vult alio modo procedi, ſed iubet liberos inſtitui. Ergo etſi theſis non comprehendat poſthumum: At antitheſis comprehendit. Sunt enim poſthumi inſtituendi, non prætereundi, non exhæredandi. II. Nato præterito, teſtamentum ab initio nullum. Ergo legata non pendent ab inſtitutione, ſed per ſe conſiſtunt, vigore huius Authenticæ. At præterito poſthumo, legata pendent à teſtamento: quia teſtamentum ab initio nullum non eſt. Ergo poſtea ſublato principali per natiuitatem poſthumi, etiam acceſſoria corruunt. Reſpon. Eſt fallacia ſecundum non cauſam vt cauſam. Non enim legata, aut aliæ diſpoſitiones in Authentica noſtra valent, aut non valent, quod ab inſtitutione pendeant, aut non pendeant: ſed ſubſiſtunt propter alias cauſas: puta, 1. quia per Authenticam noſtram ſpecialiter conſeruantur. 2. Quia hoc ius nouum, capiti inſtitutionis ſublato, aliud in vtroq; caſu ſubſtituit, id eſt, venientium ab inteſtato aditionem. Ergo ſi nullum teſtamentũ ab initio, ſublata inſtitutione, ſurrogantur venientes ab inteſtato ab initio. Si rumpitur ex poſt facto: ex poſt facto fit ſurrogatio.

Tum (1) quod generaliter loquatur, vt proinde à nobis inter natos & poſthumos differentia ſtatuenda non ſit.

Tum (2) per *l. maximum vitium. 4. C. de liber. præter.* vbi nati poſthumis æquiparantur. Atque ita *in d. Auth. ex cauſa.* ſenſere *Placen. Petr. Iacob. de Rauenn.* quos ſequitur *Cyn. num. 3. Angel. num. 3.* Et hanc communem gloſſarum ſententiam eſſe dixit *Alberic. de Roſat. num. 12.* pro qua multa fundamenta adducit *Bald. num. 10. 11. 12. Caſtrenſ. num. 6.* qui diſtinguit, eandem magis communem *Alex. num. 17.* & veram atque communem dixit *Iaſ. num. 2.* ſequitur *Bologn. num. 28. 29. Graſſ. num. 95. vſque 101. Corn. conſil. 157. n. 13. lib. 2. conſ. 225. num. 4. cum ſeqq.* vbi ad omnia contraria reſpondet, *lib. 3. Pariſ. conſ. 64. num. 6. lib. 2.*

Subamplia hæc in nepotibus, qui impropriè poſthumi appellantur, *DD. in d. Auth. ex cauſa. ibi Iaſ. num. 2. Bologn. num. 33. late Graſſ. num. 89. cum ſeqq. Bened. d. verb. in eodem teſtamento. num. 234.*

Amplia XIV. Vt *Auth. noſtra* locum habeat, ſiue nulla cauſa exhæredationi inſerta, ſiue non legitima inſerta ſit, ſiue etiam inſerta legitima non probetur. Sicut enim ius antiquum ſine diſtinctione, cum inſtitutione omnia legata caſſabat: ita ius nouum hodie indiſtincte relicta conſer- 387

conseruat. Vt proinde per *Auth. nostram* correctus sit textus. *l. Papinianus. 8. §. si ex causa. sup. inoff. testam.* Atq; ita sensere *in d. Auth. nostra, Iacob. de Rauen. Iacob. de Aren. Vber. Crem. Fr. Accurs. Petr. quos sequitur Cyn. num. 6. 10. Bart. nu. 9.* Et hanc ita practicari *Angel. nu. 3. in fin.* & sibi placere *Alberic. de Ros. num. 11.* veriorem *Bald. nu. 9.* veram *Salic. num. 4.* per rationes ibi adductas, communem *Castr. num. 7. Bologn. num. 42. Graff. num. 135. Clar. d. quæst. 52. num. 6.* magis communem *Alex. in d. Auth. ex causa. num. 18.* veram atque communem *Ias. ibi num. 8. vers. loquitur in textu.* dixere *Nepos à Monte Alban. in tract. de except. cap. 20. num. 54.*

Contrariam tamen tenuit *Dyn.* quod videlicet nulla, aut non legitima causa exhæredationi addita, omnia adhuc hodie funditus nulla sint, per *d. l. Papinian. §. si ex causa.* quum testatori merito imputetur, cur legitime testatus non sit: Textui autem *Auth. nostræ* locum esse putauit, si causa legitima & exhæredationi inserta, ab hærede autem probata nõ esset: quod tunc nihil testatori iure imputari possit: Vt proinde merito legata conseruentur, & sola institutio concidat. Ita Dyni opinionem explicat *Cyn. in d. Auth. ex causa. num. 6.* cui addatur *Castr. num. 7.* apud quem rationes, quæ Dyni sententiam iuuant, refelluntur.

Et sic obseruandum *Auth. nostram* procedere, siue ab initio testamentum nullum sit: siue ex post facto rumpatur: vt agnatione posthumi, aut rescindatur, vt per querelam, quemadmodum post *Vbert. Cremon. & alios* recte voluit *Alberic. d. Auth. ex causa. num. 11.*

388 Amplia XV. Vt idem sit in emancipatis liberis. Nam etsi *Auth. nostra* de testamento irrito loquatur: emancipato autem cum causa præterito, testamentum iure ciuili irritum non sit: sed potius per bonorum possessionem contra tabulas rescindendum veniat: *DD. communiter in d. Auth. ex causa. ibi Bald. num. 19.* Et sub *tit. infr. de legat. præstan.* testamento certis personis legata conseruentur. Vt proinde ius nouum *Auth. nostræ* ad casum specialem iuris veteris non pertinere videatur: *Bolog. d. Auth. ex causa. nu. 34.* Tamen quum hodie in emancipato præterito sine causa, patriæ potestatis & emancipationis differentia sublata sit: *DD. in d. Auth. ex causa. ibi Bald. n. 20.* Et præteritus emancipatus cum causa melioris conditionis esse non debeat, quam suus: Hinc ergo DD. creberrime tradiderunt, hodie emancipatum præteritum non modo coniunctis personis, de quibus *sub d. tit. ff. legat. præst.* sed omnibus omnino legata præstare debere: & proinde illum tit. vel correctum, *Cyn. d. Auth. ex causa. num. 7. Bart. & ibi additio ad eum. Bald. num. 21. 22. Alex. num. 21. vers. limitatur etiam. Ias. d. Auth. num. 7.* (Quam communem *additio ad Bart. Alber. nu. 17.* licet ipse dissentiat, *Castr. num. 7. Bolog. num. 34. 35.* veram & communem dicit *Salic. num. 9.*) vel potius hodie inutilem esse: quum hæc Authentica illi non contradicat, sed quod ibi de certis personis dispositum est, hodie auctum sit ad omnia legata, *Bologn. d. Auth. ex causa. num. 35. 38. vers. non obstat. ibi Graff. num. 80. vsque 89. VVesenbec. in paratit. ff. legat. præstan.* Ergo idem hodie est in filio emancipato & in potestate, *Ias. in d. Auth. ex causa. num. 7. 8.* qui pulchre explicat, *Bened. d. verb. in eodem testamento. num. 234.* & hanc communem dicit à qua in practica non sit recedendum, *Clar. d. q. 52. num. 2.*

Neque obstat, quod de verbo irritum oppositum est. Nam respondet *Bald. num. 19. & 27.*

Et quum iam olim ante *Authent. nostram* emancipati certis personis legata præstare tenerétur, ad quod illi, qui in potestate essent, obstricti non

 forent:

forent: Consequens modis omnibus est, vt quia hodie sui omnia legata præstant, multo magis emancipati eodem iure vtantur.

Limita hanc ampliationem 1. Nam prædictus *tit. ff. de legat. præstan.* hodie adhuc obtinet, si emancipatus ignoranter præteritus sit, *Vasq. de success. progress. lib. 3. § 30. num. 49.* 389

Declara 2. Nam quemadmodum *ex tit. ff. legat. præstan.* legata parentibus & liberis conseruantur, si testamentum à filio emancipato præterito per bon. possess. contra tab. rescindatur: Ita idem est de institutionibus, quæ parentibus aut liberis fiunt, *l. filium. 5. § sed etsi portio. infr. legat. præst.* Hunc enim casum specialem esse dicit *Ias. in d. Auth. ex causa. num. 13. Bolog. num. 35. & 38. vers. non obstat. Franc. de Cald. ad l. si curatorem. verb. sine curatore. num. 17. C. de in integr. restit. minor.*

Verum hæc sententia dubia est. Nam *tit. ff. de legat. præst.* isto casu obtinet, quando iudicium patris per bon. possess. contra tab. rescinditur: *l. 1. eod.* quum emancipatus sine causa præteritus hodie ex receptissima DD. sententia testamentum nullum dicat. Ita omnes communiter *in d. Auth. ex causa. Clar. § testamentum. quæst. 42. num. 2.* Quare procedere hæc sententia posset, filio emancipato cum causa præterito, Quo casu bon. possess. cont. tab. adhuc hodie opus est.

Declara 3. si filius emancipatus patrem cum causa præteriit. Nam hoc casu per bon. possess. cont. tab. Vnde legitimi testamentum, quo ad institutionem quidem rescinditur, *Bald. d. Auth. ex causa. num. 23. 24.* at non indistincte, sed iuxta *l. Pantomimus. 3. infr. si à paren. quis manumiss. fuer. Ita Cyn. d. Auth. ex causa. num. 8. & 10.* 390

Amplia XVI. Vt quod dictum est in liberis præteritis aut exhæredatis, idem de parentibus iudicandum sit. Ita omnes concludere ait *Bologn. d. Auth. ex causa. num. 37.* etsi liberi emancipati essent, *Bald. d. Auth. ex causa. num. 23. 24.* addantur tamen *ibi Salyc. num. 17. 18. Graff. § testamentum. q. 45.* Vbi tamen parentes præteriti sunt, non distinguimus, Vtrum scienter, vel ignoranter præteritio facta sit. Nam indistincte legata conseruantur, *Graff. d. Auth. ex causa. num. 132.* Deinde & hoc discriminis est, quod filio exhæredato aut præterito, institutiones in totum concidunt. At aliud est in præteritione, quam filius emancipatus facit cum causa, vt in proximę ampliationis fallentia 3. dictum est. 391

Et ad hanc atque præcedentes aliquot ampliationes pertinet doctrina Vberti Cremonensis relata per *Alberic. d. Auth. ex causa. num. 11.* Quod videlicet ex hac *Auth.* legata conseruentur, siue causa legitima exhæredationis inserta sit, siue non. 2. siue testamentum ab initio fuerit irritum, siue ex post facto irritetur. 3. siue de materna, siue de paterna præteritione quæratur. 4. siue sui, siue emancipati liberi sint. Hos enim omnes casus, quo ad valorem & effectum legatorum non differre putauit, licet in modo rumpendi testamentum differant, quod interpretes *in d. Auth ex causa.* puta *Cyn. nu. 7. 8. Bart. nu. 12. 13. 14. Bald. num. 26. Ang. num. 8. Castr. num. 9. 11. Salyc. num. 7. 9. 17. 18. Ias. nu. 18. vers. tum in secundæ. Bolog. nu. 47. vsque 62.* vbertim declarant, *Clar. § testamentum. q. 40. 42. & 43. Graff. § testamentum. q. 49.*

Tum (1) quod verba textus in corpore generalia sint, *(ibi, sin hac obseruata non fuerint.)* & non distinguant.

Tum (2) quod hoc suadeat fauor legatorũ & vltimarum voluntatum.

Tum (3) quod pœna sit delicto commensuranda. Vt proinde id, quod circa institutionem admissum est, ad legata pertinere non debeat.

Tum

Tum (4) quod si testamentum à principio sit nullum, legata non pendeant ab institutione. At si postea rumpatur, vel infringatur, id tantum pertineat ad institutiones: quum propter institutionem tantum filius habeat causam conquerendi non propter legata: quia legata aliter valere potuissent, si testator voluisset, & verisimile est, quod voluerit.

Tum (5) quia verbum Euacuato, quo vsus est in Corpore Imperator, se habere potest ad omnes modos rumpendi, siue ipso iure, siue per sententiam testamentum irritetur, & ideo omnes comprehendit, &c.

Subamplia hanc ampliationem, vt procedat etiam in testamento filiifamilias de bonis Castrensib. aut quasi Castrensibus confecto. Communem & magis communem post nostros hanc esse testatur, *Melch. Pal. in tract. maior. part. 1. q. 1. num. 22. 23.*

392 Amplia XVII. Nam quemadmodum legata sustinentur per *Auth. nostram:* Ita idem de instituto in re certa, quatenus videlicet ita institutus loco legatarii habetur. *Ita Bart. d. Auth. ex causa. nu. 15. Alex. nu. 7. dicens Bartoli opinionem communem. Ias. n. 14. Bologn. nu. 62. Clar. §. testamentum. q. 53.*

Institutio in re certa interdum habet vim vniuersalis institutionis, respectu scilicet iuris accrescendi: aliquando habet solam naturam legatorum, *l. quoties. ibi DD. C. hared. instit.* Ideo *Bart.* dicit: quod talis institutio annulletur in sua qualitate vniuersali, in qualitate vero particulari conseruetur: puta, si esset institutus vnus, nullo dato cohærede, vitiaretur hæc institutio: quia traheret ad se totam hæreditatem, per ius accrescendi. *l. 1. §. si ex fundo. infr. hæred. inst.* Et si contingeret, quod esset datus cohæres, qui repudiasset, quo casu accresceret tota institutio in re certa, tum hæc potestas capiendi per ius accrescendi ex *Auth. nostra* annullaretur. Ita si filius solus esset institutus in re certa, quo casu habet vim institutionis, *§. hæc autem disposuimus. in Auth. vt cum de appellat. cognosc.* etiam vitiaretur. Hæc *Bologn. in loco relato.*

Et hæc sententia in extraneo nullum scrupulum habet: sed de filio in re certa instituto dubitatur, an ibi eadem distinctio adhibenda sit, necne.

Et crebrius DD. placuit idem iuris esse: atque hinc *Benedict. d. verb. in eodem testamento. num. 240.* infert: si testator instituat vniuersaliter extraneum, & vnum ex filiis (vt tenetur) in certa re instituerit: alterum vero præterierit, talem præteritum solummodo successurum ab intestato, non filium in re certa institutum: quum per *Auth. nostram* solummodo vitietur vniuersalis institutio, particularis autem conseruetur. Vt proinde filius in re certa institutus petere non possit, nisi supplementum legitimæ, si illa res non sufficeret ad legitimam, &c.

At contrarium decidit *gl. prima in l. liberis. 13. infr. doli except.* Quam probat *Bald. in d. Auth. ex causa. num. 62.* cuius sententia verior est.

Tum (1) quod filius in omnem euentum legitimam habere debeat titulo institutionis, quæ haudquaquam impropria, vt DD. placuit, sed propria institutio est. Quum legitima, in qua institutio facienda est, quota bonorum quidem sit, ex magis communi DD. sententia, *Mantica de coniect. vlt. vol. lib. 7. tit. 8. num. 5. Gail. obser. pract. lib. 2. obser. 120. nu. 3. Graff. §. legitima. q. 1. num. 2. l. Papinian. 8. §. quarta. sup. inoff. testam.* Id est, respectu creditorum, non in aliis, *Dec. in l. hæres instituta. num. 5. vers. replicari potest. ibi Corraz. num. 34. C. impub. & aliis substit. Vasq. de success. creat. lib. 2. § 20. nu. 254. vers. teneo primam. Vincent. de Franch. decis. Neapol. 127. num. 1.* Supr. 197.

Tum (2) quod DD. visum sit testamentum propter præteritionem vnius filii vsque adeo nullum esse, vt ex persona præteriti etiam aliis,

in parte minori aut re certa scriptis, via aperta sit testamentum dicendi nullum. Quam sententiam idem *Benedict.* memoria lapsus, & sibi ipsi contrarius, latissime & luculentissime *d. verb. in eodem testamento. num. 84. vsq. ad num. 155.* defendit.

Amplia XVII. vt legata per *Auth. nostram* conseruata petantur actione ex testamento: quum eatenus non tollatur testamentum, sed valeat quo ad legata. Hæc fuit sententia Iacobi de *Rauenna*, *vt testatus est Cyn. in d. Auth. ex causa. num. 14.* Quam amplexus & *Iacob. de Butr. ibi, & Bart. num. 20. Bald. num. 48.* hanc communem, *Castr. num. 12. 13. Ias. num. 21.* & magis communem *Alex. num. 11.* dixere. 393

Ergo quo ad legata clausula codicillaris ociosa est, quum eam vim habet, vt operetur, si non valet, id est, quatenus non valet testamentum. At valet illud, quo ad legata, irritatur autem quo ad institutiones. Ergo quo ad institutiones, non quo ad legata operatur clausula, *Bart. d. Auth. ex causa. num. 22. 25. ibi Bald num. 58. Alberic. num. 37. Castr. num. 15.*

Contrarium aliquibus visum est: quod legata non actione ex testamento, sed condictione ex lege, puta, ex *Auth. nostra* petantur. Quæ fuit sententia Hugolini, vt testatus est *Alberic. de Rosat. d. Auth. ex causa. num. 27.* Quam tenuit & *Petr. Dyn. atq. Cyn. num. 12.* cuius quatuor fundamenta ponit & dissoluit *Bologn. d. Authen. ex causa. num. 71.*

Etsi autem Salycetus, electionem alterius ex istis opinionibus modici effectus esse, opinetur: quum hodie nomen actionis in libello edendum non sit: ipse tamen opiniones DD. proposita distinctione, inter se componit, *ibi num. 21. 22.*

Hæc Salyceti sententia est periculosa. Nam etsi nomen actionis non sit edendum: tamen & partes atque iudices de actione proposita certi esse debent: quum quælibet actio sua certa substantialia habeat. Ergo hoc caput in relationibus causarum discutiendum: idque & supremum Imperii tribunal religiose & merito obseruat. Vnde sequitur, nominis quidem expressionem nihil curandam, rem tamen ipsam diligenter & summo studio peruestigandam esse.

Amplia XVIII. in relictis sub falsa demonstratione, *Alex. d. Auth. ex causa. num. 20.* 394

Limita hanc materiam 1. in exhæredatione bona mente facta. Nam tunc non solum legata, sed & institutio tenet, *Graff. d. Auth. ex causa. numer. 138.*

Limita 2. vbi testamentum alia quam ex præteritionis, vel exhæredationis causa, puta, propter defectum solennium irritatur. Nam tunc non solum institutio irritatur, sed totum testamentum funditus concidit: estque ratio diuersitatis & decidendi aperta: quod in casu *Auth. nostra* testamentũ irritetur propter iniuriam, quę non excedit institutionem. At causa solennitatum aut alii defectus totum testamentum concernunt, *Bologn. d Auth. ex causa. n. 36. 43. 44. 70. ibi Graff. n. 139. vsq. 147. Benedict. d. verb. in eodem testamento. nu. 241. vers. septimo. Idem verb. testamentum. el 1. num. 91.*

Quæ tamen limitatio sublimitatur in testamẽto ratione solennitatum imperfecto inter liberos, quod valet, *l. hac consultissima. 21. § ex imperfecto. ibi omnes DD. C. h. tit. n. Cyn. in d. Auth. ex causa. nu. 4. Alberic. nu. 15.*

Et ad hanc limitationem secundam etiam pertinet is casus, quando testator filium in potestate præteriit, qui approbauit testamentũ: & tamen hæres institutus noluit adire. Nam tunc legata non debentur, *Alexand. d. Auth. ex causa. num. 21. vers. aliam singularem limitationem.*

Contrarium

Contrarium tamen in hoc casu plures tenent, quos refert & sequitur *Bologn.d. Auth. ex causa. num. 43.*

Fallit 3. in legatis, quæ fiunt turpibus personis, *Clar.* § *testamentum.q.54. num. 4.*

395 Fallit 4. in legatis relictis præterito, puta, testator legauit filiæ mille, sed filium instituit. *Bald.d.Auth.ex causa.num.60.*

Nam etsi *Vgolin. Dyn. & Cyn. in dict. Authen. ex causa. num. 14.* existimarint, præteritum legata petere posse, per rationes, quas refert *Alberic. num.27.28.29.* Quam sententiam *Bologn.* indistincte veram esse pronunciat, *num.69.& 70.*

Contraria tamen opinio probabilior & receptior est.

Tum (1) quod ex eo, quod quis visus est impugnare, commodum sentire non debeat, *c.ex eo.39.de reg.iur.in 6.Port.lib.5.conclus.1.*

Tum (2) quod custodienda sit defuncti voluntas, quo ad eius fieri potest. Ergo testatoris dispositio, inducta ad diminutionem, non debet operari augmentum. Imo si præteritæ hoc casu deberetur legatum, sequeretur absurdum, contra testatoris voluntatem, quod plus habitura esset præterita, quam filius vniuersaliter institutus, *Bald.d.Auth. ex causa.n.59.60.*

Et hanc sententiam tenent *Iacob. de Beluis. Martin.Siliman.* qui eam dixit procedere ex æquitate, *Bart.num.19. Bald.num. 60.* dicens hanc de rigore & æquitate tenendam, & se mirari, quod illustres DD. *Vgolin.Dyn.Cyn.* contrarium tenuerint, *Angel.num.7.* communem hanc dicit *Salyc.ibi num.14.& Ias.num.14.15.16. Graff. num.152. vers.secundo limita. Benedict. d.verb.in eodem testamento. num.241.*

396 Fallit 5. si legata superent partem obuenientem filio præterito, vel exhæredato. Nam vltra virilem, quam is accipit, qui præteritus vel exhæredatus est, legata nõ debentur, *l.Saluius.6.cum.duab.ll.seqq.infr.legat.præstan.* & textum *d.l.Saluius.* mirabilem dixit *Bald.d.Auth.ex causa.nu.44.* Atq; ita limitanda est *Auth. nostra* de conseruatione legatorum disponens, *Bart.in d.l.Sal.* qui tamen cogitandum relinquit, *Ias.d. Auth.ex causa. nu.16. vers.quinto limita.* qui existimat hanc sententiam facile defendi posse, *Bened. d.verb. in eodem testamento.nu.241. vers.sexto non conseruantur.*

Contrarium tamen crebrius DD. placuit, quod videlicet *d.l. Saluius.* hodie correcta sit *per Auth.nostram.* & tenet *Bald. d. Auth. ex causa. num.44. Alex.nu.21. Ang.& Alex.relati per Ias. Bologn.num.70.ampliat.3.*

397 Fallit 6. in legatis sub conditione ita relictis: Do legata, si hæreditas adeatur. Nam hæreditate non adita, non debentur. *Ita Bald.d. Auth.ex causa.num.45.*

Et hæc de fallentia 27. sufficiant.

Fallit vltra *Benedictum,* 28. in liberis, qui declinant ad prodigiũ vel monstrum. Nam hi liberorum loco non sunt, vt supra est expositum.

Declara 29. vbi in testamento tantum leguntur substitutiones reciprocæ. Nam dispositionem illam interpretamur, quod præcedat institutio, *Sim.de Prat. de interpr. vlt.vol.lib.3.interpr.1.dub.1.solut.vnic.nu.2.*

Declara 30. Nam si vel minima res titulo institutionis liberis relicta sit, testamentum viribus consistet, & legitimæ tantum supplementum petitur, *l. omnimodo.30. ibi Petr.Cyn. Alberic. de Rosat. Iacob. de Butr. Ioan.Fab. Odofred. Bart. Bald. Ang. Salyc. Fulgos. Paul de Castr. Aret. & Ias C.inoffic.testament. DD.in Auth.nouissima.C.eod. DD in d.Auth.ex causa. ibi Bologn.nu.41. qui multos in id adducit. Bald.in l.hac edictali. num.8. C.secund.nupt.Idem cons.61.*

num.2.lib.1. Corn.cons.303.num.3.lib.1.consil.270.num.2.lib.4. Mant.de coniect. vlt. volunt. lib.4.tit.3.num.6. Quæ sententia non modo communis, sed receptissima omnium opinio est, *Vasq.de success. creat.§.30.num.79.* de qua nemo dubitat, *Clar. d.§ testamentum.q.38.num.10. Graff.§.legitima.q.32.num.2.§. testamentum. q.35. num.20. & q.43.num.1.*

398 Declara 31. Nam omissa institutione, non modo per clausulam omni meliori, & codicillarem, sed & hoc modo validitati testamenti succurritur, si testator Notario potestatem tribuerit, testamentum ad plenum, & ad consilium sapientis extendendi, *Dil.ect. de arte testandi tit.3.caut.1.nu.6. Clar. §. testamentum. q.38. num.14. Sim.de Prat.de interpr.vlt.vol.lib.3.interp.1. dub.1.solut.vnic num.13.14.15.16.*

Declara 32. vt per Constitutionem Saxonicam *part.3.tit.10.* Ad quam vide, quæ supra fallen.7. dicta sunt. Hæc de requisitis institutionis sufficiant.

Generales ampliationes ad totam materiam institutionis pertinentes, & limitationes, partim supra ad principium huius materiæ, *in vers.ergo ad substantiam testamenti, &c.* (Vbi 8. ampliationes ad hanc materiam relatæ sunt) partim circa singula requisita tractaui. Vt proinde nunc mihi materia hæc concludenda sit, si tamen tria verba de effectu institutionis addidero.

EFFECTVS INSTITVtionis.

399 Effectus institutionis tres refert *Duaren. ad tit. ff. hic.sub rubr.de hered. instit.*

PRIMVS est, quod hæres succedat in vniuersum ius defuncti. Quam sententiam ille tribus modis limitat.

SECVNDVS est cõfusio,*p* si testator creditorem instituat. Nam confunditur debitum cum credito pro rata. Pro portionibus autem, quibus hæres non est, ab aliis cohęredibus petere non prohibetur, nisi ex aduerso probetur, testatorem in totum compensare voluisse. In dubio enim animo compensandi testator hæredem scripsisse non intelligitur, si debitum voluntarium sit, *l. Lucius Titius. in princip.126.infr.legat.1.l.si ab eo.7.ibi DD. C. negoc.gest.l.si compensandi.6.C.hered.instit.l.pen.C.hered.act. Diaz reg.160.creditor quando succedit. Mant.de coniect.vlt.vol.lib.4.tit.3.num.33.ibi plura adducit.* Legatarius autem vtrumque & legatum videlicet atque creditum exigere potest, *l. creditorem.87. infr.legat.2.*

Sed hanc sententiam limita 1. si animo compensandi legatum fiat. Probatur autem relictum animo compensandi factum, non modo si testator hoc diserte cauerit, aut legatarium plus petere prohibuerit, *l. si debitor.12. infr. ad l. Falcid. Bald. d. l.si adulta.num.3. C.hered.act.* Verum etiam si ex coniecturis mens testatoris liqueat, *Mandel.cons.17.num.9. Hart.Pist.lib.1. quæst.4.num.22.*

Limita 2. in debito necessario,*q* aut etiam partim necessario, partim voluntario. Debitor enim necessarius creditori legatum relinquens, id animo compensandi reliquisse videtur. Ita legatum à patre filio factum in legitimam imputatur, *DD. omnes in Auth. præterea. ibi Bart. num.1.2.3. Alex. num.10. Castr.num.3. Ias.num.18. & 21. C.vnde vir & vxor. Cephal.cons.105.nu.5. Mandell. d. cons.17.num.9. Diaz.reg.171. debitor necessarius. Villalob.in tract.commun.opin.verb.legat.nu.42.l.quoniam nouella.29.ibi DD.C.inoff.test.*

p Quando successione exstinguatur obligatio, distinctione explicat Pet. de Bellapert. *in l.hæres. § non est nouum. n.5.ff fideiuss.*

q Debitum ex dispositione legis necessarium. *Bart.dict. Auth. præterea. nu.1.* Et legatum cũ tali debito compensatur. Ratio est secundum *Ias. in dict. Auth præterea n.19.* quod in necessitatibus nemo intelligatur esse liberalis. Hanc reprehendit *Dec.ibi num.11.* & aliam adducit.

Infer 1. ad legitimam. *l quoniam nouella &c l.omnimodo. C inoff. testam. DD. hic citati.*

Infer 2. ad portiones debitas à statuto, viro vel vxori. Vt hic in Electoratu Saxoniæ debetur mulieri quarta. *Const.* [illegible] o. Nam in eam imputatur legatum. *Bart.d. Auth.præterea.num.2.* per illum text. Est communis, vt dicit

Bald.

Bald.num.7. (licet ille dissentiat.) Eandem communem dicit *Castr.num.3. & Alex.num.12.* qui Bald. respondet. Veram & communem dicit *Iaf.num 21.* & late defendit *Dec.num.18.*

Infer 3. ad geradam. Nam legatum factum in eam compensatur, ex doctrina *Alex.d.Auth. praeterea.num.13.* Communis tamen videtur in contrarium, quod non fiat compensatio, nisi creditum & legatum consistant in quātitate: aliud si vnum in quantitate, alterum in specie consistat. Hunc casum habui hoc Anno, mense Februario.

Ad debitum voluntarium requiritur 1. Vt quis ex facto suo, 2. vere voluntario, 3. ad obligandum principaliter tendente obligetur. *Iaf.d.Auth.praeterea.num.18.19. ibi Dec.num.11. Mandell.d.cons.17.num.8.*

Infer, quod maritus in dote debitor voluntarius, non cogitur dotem accipere: cum vxorem sine dote habere possit. Ergo si legat vxori, non fit compensatio cum dote, *l. vnic.§ sciendum.C rei vxor.act.* Habui hunc casum Brunsugi.

Et quia cum hac doctrina pugnare videtur *l.si cum dotem. 23. §.si pater.sup solut. matr.Iaf.in d. Auth.praeterea.num.19.* de sensu illius textus differit. Sed eum reprehendit *Dec.num.11* qui videndus est.

De debito autem quod voluntarium, quod necessarium dicatur, vide post B. & alios, Cacheran. *decis.167.* Menoch. *arbitr. indic. lib. 2. cent..... casu 182.* Surd. *decis.254.nu.28.29.* perspicue Crauett. *in responso 2. pro genero. num.1. & seqq.*

TERTIVS effectus est ius accrescendi, *Duar.ibidem.* De quo vltra DD. *in l.re coniuncti.infr.legat.3.* idem libris duobus ample differuit *Gomez.tom.1. cap.10.per tot. Mant.de coniect.vlt.vol.lib.4.tit.10. Sim.de Praet.de interp. vlt. vol. lib.3.dub.5.sol.3.per tot. & Graff.in libr. recept.sent.§.ius accrescendi.per tot.*

QVINTVM SVBSTANTIALE.

400 Quintum substantiale est causa solennitatis, *r* quae multiplex est, *s* *DD. in l.1.ibi Bald.num.2. vers.tertio perfecto. Castr.num.4. h.tit.n. Bologn.ad rubr. num.6.infr.liber. & posthum. & in l.nemo.num.4.vers.quintum.inf.legat.1.* multis excogitata vigiliis, ac proinde vana & inutilis minime reddenda, *Ludouic.Lana de form. testam.cons.1.num.29.*

r Vtrum solennitas testamenti statuto vel cōsuetudine minui possit, & tale statutū extraneum quoque includat, tradit Angel. *in tractat.de testamen. gloss.6.num.1. 2. adde postillam infr. num.429.*

s Solennitatis vox duobus modis accipitur: In genere comprehendit omnia substantialia: in specie (vt hic) est vnum de substantialibus testamenti, *Bologn.l.sciendum.num.4.& 7 infr.de verb.oblig.* Vide quod dixi supra circa definitionem testamenti.*verb.iusta.* Testamenti autem clausi formam tradit *Angel.Aretin.in tract.de testam.gloss.5.num.3. Ludouic. Lana de form.testam.* nuncupat. & clausi, cum duobus consil. subiectis.

Et primo ad testamentum clausum seu solenne scriptura requiritur, *d.l. hac consultissima. in princip.ibi Dd.gl.cap.1.§.postquam autem.verb.inscriptis. vers.vigesimus quartus. de censib.in 6.* Oportet autem scripturam testamenti esse literis extensam, non conscriptam notis, *arg.§.illud.* *t* *sup.in prooem.ff. l.Lucius.41.* *u* *infr.milit.testament.l.sed cum patrono.6. §. fin. infr. bonor possess. Molin.* *x* *l.1.§.eadem. num.9.10.12.cum seqq infr.verb.oblig. Duar.hic sub rubr.de testamento in scripturis. vers.at inprimis hoc testamentum. Cuiac.lib.3. obser.cap.3. Idem Nouell.107. Dominic.de Migdal.de num. testium in testam. requis. part.2. cap.3.num.15.* Et in testamento quidem paterno hoc diserte cautum est *in Auth. quod sine. vbi DD. C. h.tit.§.nos igitur.in Auth. de testam. imperf. ibi Cuiac. Cephal. cons.377.num.17. Cuiac.cons.1.* eleganter declarat *Clar.§.testamentum. q.14.nu.3. VVesenb. cons.90.num.14.& 15.Vasq.de success.creat.lib.2.§.15.num.46. & seqq.* Vbi hoc, quod de notis dixi, XI. modis limitat. Sed & tertii manu conscriptum sustinetur, *Ludouic.Lana de form.testam.nu.18.*

t Imperator prohibet signa & cōpendia in legib. scribēdis, vult omnia clara esse. At quae de legib. dicimus, recte accōmodamus ad testaméta. Caligula vero (vt Sueton. in eius vita refert) edicta minutis adeo literis proponebat, vt nō nisi ab iis quib.acies oculorū summa esset, legi possent, quo plures ignoratione peccātes irretitos teneret. Refert idē *Bodi. de rep.lib.2.c.6 ad fin.*

u Argumentum à speciali. *x* Adduco Molinaeum, exponentem quid sint notae: Sed in eo errat, quod non putat in militibus esse speciale, vt notis testari possint. Addendus ergo Cuiac. hic citatus.

Abbreuiaturae sunt in testamentis vitandae circa numerum vnciarum, vel summam aliquam in pecuniae numeris arithmeticis exprimendam & circa substantialia. At in aliis sufficit adhiberi scripturam, vt communiter & vulgo vsurpatur.

401 Testamenti autem partes ex ordine enumerat *Specul. tit.de instrumen. edit.§ compendiosae.num.44. Rolandin.de testam.rub.7.* Cui & tempus inserendum, vt post alios monet *Vasqu.* *y* *de success.creat.libr. 2.§.20.num.191. versic. trigesimo ad testamenti validitatem.* Et tabulis quidem testamentariis diem atque consulem iam olim adscribi consueuisse, *ex leg. 2. §. diem autem. infra. quemadmod.testam.aper. & l.3. C.eod.* constat: quanquam omissa non impe-

y Vasquius loc.praecit. hanc sententiam duob. modis limitat: & secunda limitatio est de testamento paterno. Si ille loquitur in testamento imperfecto, tū contra claros textus loqtur,

impediebant, quo minus valeret testamentum, quod ex Modestino docet *Brisson. libr. 7. formul. fol. 656. vers. testamentis vtiq;*. At in parentum testamentis imperfectis hodie clare constitutum est, tempus esse exprimendum, *d. §. nos igitur. d. Auth. quod sine.* Quod DD. de nomine Imperatoris, anno, mense & die exponunt. *Clar. d. q. 14. num. 2. Tiraq. de priuileg. piæ causæ. priuileg. 11. Cephal. d. cons. 377. num 20. & 21. VVesenb. d cons. 90. num. 4. & 17.* vbi accurate hoc disputat *Hart. Pist. lib. 1. qu. 2. num. 1. & 2.*

In testamentis solennibus aliqui requirunt instrumentorum substantialia, quæ referuntur per *gl. l. generali verb. seruituti. ibi Bart. C. tabular. libr. 10. Specul tit. de instrum edit. §. 1. per tot. Felyn. c. 1. de fid. instrum.* Sed hæc sententia pro euertendis testamentis facit, & nullo idoneo iuris argumento iuuatur. Instiumenta sunt scripturæ publicæ: testamenta, quæ à testatoribus scribuntur, sunt scripturæ priuatæ. De loco, z & loci loco, num inserendus sit testamentis, vide Angelum, *in tractat. de testamentis gloss. 107.*

z Adde si quid testator ordinarit loco nō expresso: de loco domicilii id accipiendū: *Alb. Ros. num. 28. c. nono. c. fac. per l. qua conditio. 39. §. cum ita. infr. cond. & demonstrat.*

Secundo ad solennitatem testamēti in scriptis pertinet, quod scriptu- 403
ra clauditur, & non ostenditur testibus, *d. l. hac consultissima. in princ. ibi DD. & Castr. num. 1. vers. secundo.* Et quo pacto claudendum sit testamentum, ostendit *Specul. de instrum. edit. §. compendiosæ. num. 40.*

Neq; tamen vitiabitur testamētum, si in testamento scripta testib. manifestentur. *Dd. d. l. hac consultiss. in princ. ibi Castr. loc. relat.* Ideoque inter Dd. conuenit, testamentū cæci, cuius videl. contenta testib. manifestari oportet, recte testamētum mixtum appellari, vt supra suo loco est expositum.

Nec longe recedit ab hoc testamento cæci, illa facti species, quando testator totam voluntatem suam coram testib. expressit, quod est signum nuncupatiui testamenti: Verum testamentum ipsum in scripturam redactum clausit, subscripsit, & à testibus subscribi & sigillari fecit, iuxta formam testamenti solennis in scriptis. Nam hoc casu testator vtroq; genere testandi vsus existimatur. Ergo si non valet ex vno, vt solenne videlicet, subsistit ex altero, vt nuncupatiuum. *Carol. Molin. l. 1. §. si quis ita. num. 33. cum mult. seqq. Domin. de Magdal. de num. testium in testam requis. part. 1. cap. 6. n. 20.*

Vbi notandum, si testator ægrotus præsentibus testibus, Notario vlti- 404
mam dictauerit voluntatem, eam in conspectu testatoris scribendam, *Dilect. de arte testandi. tit. 4. caut. 2. nu. 3.* & testibus præsentibus, relegendam, a alioquin, nisi videlicet relecta sit, scripturam vim testamenti non habituram, *l. fideicommissa. 11. §. 1. infr. legat. 3. l. ex ea scriptura. 29. ibi Bart. Bald. Imol. hoc tit. Textus expressus in sæpe citata Constitut. Imperii,* von Notarien/ꝛc. b *rubr.* von Testamenten/ *vers.* Weiter so ist auch in einem jedē Testament/ꝛc. *Thom. Grammat. decis. 62. n. 5. 6. Vasq. de successi. creat. lib. 2. §. 14. nu. 25. cum seqq. §. 20. num. 191. vers. ad testamenti firmitatem. & vers. præterea & ad testamenti primordialem.* Ac plures in id adducit *Domin. de Magdal. de num. testium in testamento requisito, part. 2. cap. 5. nu. 16. Mascard. de probat. lib. 3. conclus. 1352. num. 74.* Et quidem lectum instrumentum in dubio non præsumitur, *Mascard. ibi num. 85.* quibus ea addenda, quæ *infr. num. 454.* notata comperies.

Lanfranc. *de fide instrum. nu. 40.* dicens textum *d. l. fideicommissa.* pro hoc singularissimum esse.

a Est autem relectio necessaria 1. in testamento cæci. 2. in materia *l. hac consultissima. §. at quum humana. C. qui test. fac. poss.* Quando scil. testator cum solo tabellione suum testamentum ordinauit, & postea testes adduxit, vt coram eis relegeretur. Nam nisi relectio fiat, testamentum concidit. dixi supra. Addatur omnino *Vasq. de successi. creat lib. 2. §. 14. num. 42.* vbi multis modis ampliat. 3. relectio facienda in casu nostro, quando testator dictat testamentum, vt est clarus textus in Nouella Constit. von Notarien. Et aliqui hic requirunt etiam signum tabellionis. Quam sententiam 4. modis limitat *Vasqu. loco præcit. num. 25. cum seqq.* Et nota, vbicunq; Notarius adhibetur vt Notarius, ibi signum eius requiritur, vt habes paulo post *vers. sexto necessarium, &c.*

b Weiter so ist auch in einem jeden Testament/ob es gleich nuncupatiuum, als ohn Schrifft gemacht were/noch/daß alle Handlung/so zu solches Testaments auffrichtung ergangen vnd auffgeschrieben weren / vor dem Testierer vnnd Zeugen / ehe dann sie von einander scheyden/vorgelesen werden/ꝛc. Hunc textum citat *Couar. in c. relatum. el 1. n. 11. vers. oportet tamen. hoc tit. extr.* Idem, inquit, statuit Maximilianus Cæsar apud Germanos in quadam constit. quæ continetur *tomo 1. artis notariatus.* Eodem respiciunt theses Ingolstadienses de testamentis, *Anno 81. 3. Februar. disputata, thesi 86. 87.*

405 Baldus intelligit *dict. l. ex ea scriptura.* de testamento in scriptis, quod & Imola refert. Simile exemplum est in testamento rustici, *in l. fin. Cod. eod.* & ita illam intellexit Azo, licet alii intelligant in testamento nuncupatiuo, in scripturam redacto, vt *Angel. in l. penult. infr. eod.* Iam quærat aliquis: quid ergo discriminis erit inter nuncupatiuum & solenne testamentum? Testamentum certe nuncupatiuum ipsum quoque instrumento Notarii plerunque comprehenditur. Si ergo solennis testamenti contenta dictari possunt testibus & Notario, quid inquam inter hæc testamenta intererit? Respondeo. Solennis testamenti materia ex concursu omnium requisitorum æstimanda erit. Nuncupatio sola non facit nuncupatiuum: scriptura sola non facit testamentum in scriptis, sed ex concursu omnium requisitorum solennis testamenti in scriptis, de testamento solenni pronunciandum est. Videatur *Clar. §. testamentum. quæst. 4. num. 1. 2. 3. Menoch. de præsumpt. libr. 4. tom. 1. præsumpt. 2. num. 1. & sequentibus.* Et quod testamentum in scriptis sit, si testator in scriptis testari cupiat, licet nomen hæredis testibus & Notario publicarit. Id apparet ex *dict. leg. final.* quod & docet aperte *Imola in leg. pen. infr. eod. num. 2.*

406 Ergo neque Protocollum c Notarii, neque ex protocollo deprompt um instrumentum testamentum adiuuabit.

Inter liberos tamen & in eorum fauorem per eam scripturam testamentum probabitur, si actus ad finem vsque deductus, nec in futurum à testatore suspensus, ac proinde testamentum ratione voluntatis perfectum sit. Nam inter liberos solennitas lectionis præcise exigenda non est. * *Couarr. cap. relatum. el 1. num. 11. vers. secunda conclus. eod. tit. extr.*

An autem hoc casu probare volens per testes, qui præsentes audiuerunt totam voluntatem defuncti, maxima disceptatio apud DD. est, quæ ab illius vexatæ quæstionis d decisione pendet: Vtrum recitatione scripturæ non facta, testamentum voluntatis vel solennitatis ratione imperfectum sit.

c Inbreuiatura est scriptura rei substantiam continés, per modum casus summarii. Et hæc appellatur scriptura matrix: quæ alii committi non potest. *Bald. ad rubr. C. fide instrumen. Natta cons. 146. num. 4.*

* *Supr. num. 17.*

d Si est imperfectio voluntatis, omnia cōcidunt. At quando habetur pro imperfectione solennitatis tantum, id est, quoad scripturam: Ergo scriptura quidem concidit, nihil autem prohibet, quin per testes testamentum probari possit. Dixi hac de re aliquid supra ad definitionem, *verb. iusta illat. 3.* vbi DD. adduxi, qui hanc disputationem tractant: vtrum hæc sit imperfectio solennitatis, vel voluntatis. Quibus adde *Couarru. in c. relatum. el 1. num. 11. extr. de testam. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 4. num. 6. Dom. de Magdal. de num. testium. in test. requis. part. 2. cap. 5. num. 21.*

407 Pro cuius resolutione sic distinguo: Aut enim omne negocium inter solum Notarium & testatorem gestum est: puta, quia testator voluntatem suam Notario soli dictauit, vt ea deinde, testibus conuocatis, recitaretur: & dubium nullum est, recitatione non facta, dispositionem ratione voluntatis imperfectam dici. Et hæc est materia *d. l. hac consultissima. §. at quum humana. C. qui testam. fac. poss.*

At si testibus vocatis & rogatis voluntatem suam exposuit, subdistinguendum.

Nam aut Notario suam voluntatem in præsentia illorum testium declarauit, & eam ita ad finem vsque deduxit, vt ei nihil addere tunc proposuerit, neque actum in futurum suspenderit. Hoc casu, si relectio facta non sit, scriptura quidem testamenti nihil valet: sed testamentum testibus probari poterit, *Castrens. consil. 308. num. 3. in edit. nouiss. lib. 1.* Hunc passum eleganter post alios tractat *Couarr. cap. relatum. el 1. num. 11. extr. de testament.* Et ita dissidentes DD. opiniones quoque componunt *Mascard. lib. 3. de probat. conclus. 1352. num. 83. 84. Dominic. de Magd. de num. test. in testam. requis. part. 2. cap. 5. num. 21. prope fin.*

Tum (1) quod testamentum non modo per scripturam, sed per testes etiam probetur, *Mascard. d. concl. 1352.* absque vlla scriptura, *Castr. cons. 308. num. 3.*

num.3. libr.7. vt proinde de solennitate scripturæ tractandum non sit, vbi per testes quis probare vult. *Couarru. dict. c. relatum. num. 11. versicul. tertia conclusio.*

Tum (2) quod communis DD. omnium recepta sit conclusio: testamentum quamuis per scripturam factum sit, vt nuncupatiuum valere, requisitis testamenti nuncupatiui concurrentibus, si propter aliquem solennitatis defectum, vt scriptum valere nequeat. Quia non est credendum, testatorem sese voluisse restringere, *e* aut eam viam eligere, per quam iudicium ipsius impugnaretur, *l. 3. infra testament. militar.* Ita eleganter *Francisc. Hotoman. consil. 53. num. 6. 7. Graff. §. testamentum. quæst. 12. num. 6.*

e Quando testator in scriptis, quando nuncupatiue testatus præsumatur, & num testamentum, quod non valet vt solenne in scriptis, valeat vt nuncupatiuum, tradit optime *Menoch. de præsumpt. libr. 4. tom 1. præsum. 1. And. Gail. lib. 2. obseru. 112. n. 12.*

Tum (3) quod aliud sit testamentum, & aliud instrumentum testamenti, *Dominic. de Magdal. de num. test. in testamen. requisit. part. 1. cap. 22. num. 9. cum seqq. & cap. seq. num. 27.*

Multi existimant, si relectio scripturæ non fiat, imperfectionem esse voluntatis: *Ang. in tract. de testament. gloss. 106.* dicens, hanc communem & veritatem. Vbi etiam notarium instruit, quomodo sese gerere debeat: & bis hoc thema sibi occurrisse testatur. Qui autem hanc sententiam tenent:

Mouentur I. quod testator, qui adhibet Notarium, credatur voluisse ex more publicari testamentum: & ideo, si non fuit publicatum, aiunt, illud non valere tanquam imperfectum ratione voluntatis. Ita post *Ruin.* voluit *Franc. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 4. num. 6.*

Respondet *Couarru. d. c. relatum. num. 11. versic. tertia conclusio.* hanc rationem falsam esse. Non sequitur inquit: Testator adhibuit Notarium: Ergo necessario scripturam ita exigit, vt aliter testari voluerit, &c. Hoc enim esset contra *d. l. 3 infr. milit. test.* Qua de re postea quædam monebo.

II. Opponunt textum *l. contractus. 16. C. fid. instr.* Nam ibi traditur: licet partes contrahentes sint, quoad omnia, concordes: tamen si volunt, quod de eo rogetur Notarius, licet non ad substantiam contractus, sed ad faciliorem probationem, nihilominus contractum nõ dici perfectum, nisi sequatur rogitus Notarii, vt partes fieri voluerunt, & interim contrahentibus pœnitere licet. Ita ex aliis deducit *Dom. de Magdal. d. c. 5. nu. 14.*

Sed respondet *Couarru. loc. præcit.* obiectionem veram, si expressim constet, hanc fuisse voluntatem testatoris, quod aliter testari, aut testamentum perfectum censere nollet, quam per scripturam à Notario in forma publica confectam. In dubio autem nemo videtur eam viam eligere, per quam ipsius iudicium euertatur.

III. Certum est, eos qui scripturas dictant, eas regulariter pro completis non habere, nisi lectæ & recognitæ sint. Hinc sunt in consiliis Electorum & principum magistri scriniorum, die Cancellarii, &c. Et hanc sententiam ita tenet *Duar. hic rubr. de effectu solennitatis non seruata. vers. hodie solent adhiberi.* Forte inquit ille, testator aliquid mutasset, aut addidisset, si recitatio chartæ facta esset. Ideo obseruandum, hic de scripturæ validitate nil disputari. Constat enim eam nil valere. Ad rem autem ipsam quod attinet, hoc membrum primum distinctionis procedit, vbi liquet testatorem voluntatem suam habuisse pro perfecte explicata & completa.

Aliud autem esset, si testator nondum totam suam voluntatem explicasset, *l. si is qui. 25. vbi omnes DD. infr. eod. Marian. Socin. ad rubr. num. 28. ff. legat. 1. Rota Auen. decis. 87. num. 1. Gabriel Roman. libr. 4. de testament. conclus. 9. Bolognet. ad rubr. num. 149. ff. noui oper. nunc. Duaren. hoc tit. sub rubr. de effectu solennitatis seruata. Domin. Magdal. tractat. de num. test. in testament. part. 2. cap. 5. num. 2. Hotoman. consil. 56. num. 7. Zunt. cons. pro vxore num. 266.* Et quid in dubio dicendum sit, vbi testatoris dispositio suspensa non est, patet ex præcitato textu, & interpretum doctrinis ibidem, quibus addendus *Menoch. de præsumpt. lib. 4. tomo 1. præsumpt. 5. num. 1. & seqq.*

Aut testator suspendit actum suum, puta, exposuit quidem omnia testibus

ſtibus ſuis: ſed poſtea voluit, vt Notarius etiam *f* vocaretur, & inſtrumentum ſuper actu conficeret. Et hoc caſu pleriſque viſum eſt, ſi teſtator ante aduentum Notarii, aut publicationem factam moriatur, quod teſtamentum ratione voluntatis ſit imperfectum. Hæc fuit ſententia Oldradi, quam plures probant relati per *Clarum §. teſtamentum. quæſt. 7. num. 3. Gabr. Rom. lib. 4. recep. concluſ. tit. de teſtam. concl. 9. Maſcar. de probat. d. concl. 1353. nu. 75. 76. Dom. de Magd. in tr. de num. teſt. in teſtam. requiſ. part. 2. cap. 5. nu. 8. Menoch. de præſump. lib. 4. tom. 1. præſum. 5. n. 6. verſ. quartus eſt caſus. Graſſ. §. teſtamẽtum. q. 12. n. 6. Duar. h. ſub rub. de effectu ſolennitatis, &c. verſ. hodie ſolent adhiberi.*

Etſi a. multi contra Oldradi opinionem teneant, ſolennitatis hanc imperfectionem eſſe exiſtimantes, non voluntatis, vt ex iis etiam, quæ ſupra circa definitionem teſtamẽti, ad verbum Iuſta, illatione tertia dicta ſunt, liquet: Tamen omnium expeditiſſimum aliquib. eſſe videtur, vt hic quoque ſubdiſtinguatur, vtrum ex verbis teſtatoris, vel negocii circumſtantiis conſtet, quod teſtator voluntatis ſuæ expoſitionem pro completa habuerit, & nil amplius ordinare voluerit, an vero res dubia ſit, vt hoc poſteriori caſu Oldradi opinio, priori autem contraria opinio obtineat. *Ita Domin. de Magdal. d. cap. 5. num. 15. & num. 22. prope fin. Graſſ. §. teſtamentum. qu. 19. nu. 4.*

f Qui minus ſolenniter, perfecte tamen diſponit, (puta pater inter liberos perfecte, ſed minus ſolenniter teſtatus, vult poſtea ſeptem teſtes adhibere & notarium) ille videtur non ex priuilegio ſuo, ſed ſecundum ius commune teſtari velle. Ergo ſi id non faciat teſtamentũ volũtatis ratione imperfectum eſſe videtur. Hoc thema *Dn. Hotom. conſ. 54. 55. 56.* elegantiſſime tractat, qui omnino vidẽdus erit. Ex illius reſponſis notabis, teſtatorem, qui aliquid teſtamẽto ſuo ſe additurum proteſtatus eſt, neq; tamen addidit: quum eius rei facultatẽ haberet: vt quia diu poſt teſtamentum vixit, addendi animum abiecisſe: & quod ſemel diſpoſuit, pro perfecto habuiſſe. Vt proinde & tacita voluntas poſterior deroget priori. Vide eum, & maxime *conſ. 56. Zunt. in reſponſo pro vxore. n. 289.* At ſi teſtator facultatem eius rei perficiendæ non habuit, hoc caſu ſubdiſtinguendum: Aut quæſtio eſt de voluntate diſpoſitionis, & res eſt certa, teſtamentum imperfectum eſſe ratione voluntatis. Aut quærimus de voluntate ſolennitatis, puta, quia volebat aduocare Notarios, aut plures teſtes, & ea imperfectio nihil curanda erit, ſi iam antea diſpoſitio iuxta regulas iuris valere poterat, & teſtator eam pro cõpleta habebat. Duplex n. eſt voluntas diſpoſitionis & ſolennitatis. Ita duplex etiam eſt imperfectio (1) Ratione teſtatoris aut voluntatis, aut ratione volũtatis diſpoſitionis. (2) & ratione notarii. *Zunt pro vxore. n. 513. 519.* ſolennitatis, aut quod idem eſt, ratione voluntatis de implenda ſolennitate. Et cœci hominis eſſe, recte *Dn. Hotoman.* ſcribit, non videre defectum voluntatis de implenda ſolennitate, idem eſſe quod defectum in ſolennitate, ita *d. conſ. 55. num. 6. & 14.*

408 Duæ ſunt quæſtiones adfines, quarum expoſitio DD. ingenia exercuit: Prior de teſtamento coram teſtibus condito, cui poſtea teſtator Notarium & plura ſolennia adhibere voluit: ſed antequam adhiberet, mortuus eſt, de qua ſupra num 17. pauca attigi. Poſterior, cuius hic fit mentio, de teſtamento videlicet non relecto.

Etſi autem hæ quæſtiones vnam definitionem habere videantur, quas proinde Domin. de Magdal. & Maſcard. eadem diſtinctione reſoluunt: quos in contextu ſequutus ſum: Tamen maioris perſpicuitatis cauſa de vtraque ſigillatim quædam vltra ea, quæ dixi, admonebo.

Ad priorem quod attinet, DD. eiuſmodi thema proponunt: Teſtator, conuocatis teſtibus, dixit, ſe velle teſtamentum condere: & hæredem talem inſtituere: & legata relinquere: & hæc omnia ſcribi fecit à Seio, qui præſens erat. Sed voluit prætereа adhiberi Notarium, vt de teſtamento fieret ſolenne inſtrumentum. Antequam autem Notarius veniret, teſtator deceſſit. Quæritur: num hæc diſpoſitio ſit imperfecta, ratione ſolennitatis, an voluntatis?

Aliqui volunt, diſpoſitionem eiuſmodi videri ſuſpenſam, donec notarius requiſitus inſtrumentum conficiat: & illud in præſentia teſtatoris & teſtium relegat atque publicet: Ac proinde teſtatoris diſpoſitionem, ante aduentum notarii, potius tractatum quendam & præparationem ad teſtandum, quam teſtamentum eſſe: & teſtatorem non ante habuiſſe diſpoſitionem pro perfecta, quam illud fieret, quod fieri ipſe voluit, contendunt. Quæ opinio ex eo etiam confirmatur, quod in ſimili videmus, in contractibus, in quibus licet partes de omnibus ſint concordes, tamen ſi volunt, quod de eo rogetur notarius, licet non ad ſubſtantiam contractus, ſed ad faciliorem probationem, iuxta *l. contrahitur. ſup. pignor.* & receptam conſuetudinem, nihilominus contractus non dicitur perfectus, niſi ſequatur rogitus notarii, vt partes fieri voluerunt: & idcirco interim donec ſequatur rogitus, quemlibet pœnitere poteſt, *d. l. contractus. ibi Ang. & Caſtr. num. 9. Idem Caſtrenſ. in l. cum res. num. 4. C. de probat. Gabr. Roman. qui plures cumulat. lib. 3. recept. concluſ. tit. de pactis. concluſ. 3. num. 1. & nouiſſime Dominic. de Magdal. in tract. de num. teſtium in teſtament. requiſ. part. 2. cap. 5. num. 14.* Hæc originaliter fuit Oldradi ſo-

lennis; & omnium prope scriptis celebrata opinio, *in conf.119. Titius condidit testamentum*, secundum quam iudicatum fuisse testatur *Ioann. Andr. in addit. ad Specul. tit. de Instrum. edit. §. compendiose. super verb. ex parte. Clar. lib.3. recept. sent. § testamentum. q.7. num.3. vers. aliquando & tertio.* dicens hanc post Iasonem communem, idemque plurium authoritatibus relatis, affirmant *Gabr. Rom. lib.4. recept. concl. tit. de testam. concl.9. num.1.2.3.4. Menoch. de præsumpt. lib.4. tomo 1. præsumpt.5. num.6. versic. quartus est modus. Mascard. de probat. lib.3. conclus.1352. num.74.75. late Domin. de Magd. d.c.5. nu.8. cum seqq. vbi Ludouicum Zuntum* g *reprehendit, quod opinionem contra Oldradum communem esse, male professus sit.*

g *Zunt. pro vxore. num.266. cum mult. seqq.* quatuor casus ex ordine recenset consideratione dignos.

Huic tamen opinioni Oldradi multi reclamant, imperfectionem illam voluntatis testatoris, de implenda maiori solennitate, non voluntatis, sed solennitatis imperfectionem esse: ac proinde eiusmodi testamentum, si alias sine noua solennitate, quam testator adhibere voluerat, subsistere possit, inter liberos & ad pias causas, in quibus testamentis solennitatum iuris ciuilis nulla ratio ducitur, subsistere existimantes: vt ex iis, quæ supra num. 17. annotata sunt, intelligi potuit: quum vtroque casu, siue testator ante notarii aduentum, siue ante relectionem testamenti moriatur: ea quæ notario incumbunt, aut (vt DD. loquuntur) notarii perfectionem à perfectione testatoris, *Zunt. in responso pro vxore. num.328. & plenius num.513. 519.* & voluntatem dispositionis à voluntate solennitatis, *Hotoman. consil.55. num.6. & 14.* id est, voluntatis imperfectionem ab imperfectione solennitatis distingui conueniat.

Et si huic sententiæ posteriori adhærere velimus, nihil prohibet, quo minus dicamus, testamentum eiusmodi, non inter liberos modo & ad pias causas, sed vniuersim valere: modo ante aduentum notarii ita ordinatum & perfectum fuerit, vt sine noua solennitate etiam inter extraneos & ad prophanas causas valere potuerit: quod in testamento non relecto illi affirmant, qui eiusmodi testamentum non voluntatis, sed solennitas tantum ratione imperfectum esse contendunt: neque vlla probabilis diuersitatis, inter dispositionem, quæ ob relectionem non factam, & inter eam, quæ ob notarii absentiam, ratione solennitatis imperfecta dicitur, adferri potest, modo vtrobique, quo ad regulas iuris communis testamentum, vel ante aduentum notarii, vel ante relectionem perfectum sit.

Interpretes autem, qui testatore ante rogitum notarii mortuo, testamentum tantum inter liberos & ad pias causas subsistere aiunt: casus talium testamentorum proponunt, quæ legum solennibus destituuntur, & cessante noua solennitate, quam testator adhibere statuerat, non aliter nisi inter liberos, vel ad pias causas subsistere possunt.

In hoc interpretum conflictu circa primam quæstionem pro conciliatione sic distinguendum erit.

Aut liquido & clarissime constat, hanc fuisse voluntatem testatoris, quod ante ro- 403
gitum notarii testari, aut dispositionem pro perfecta habere nollet: & testatore ante aduentum notarii mortuo, omnia concidunt. Ita etiam loquitur h *d.l. contractus.* cum theorica interpretum inde deprompta, vt per *Couarru. d.c. relatum. num.11. vers. tertia conclusio. Modestin. Pistor. cons.22. num.62. lib.2. vbi plura adducit. Ioann. Schneid. in princ. num.4. Instit. de empt. & vendit. Dominic. de Magdal. d.c.5. num.15.*

h Intellectus *d.l. contractus.*

Aut liquido de hoc non constat, sed in dubio sumus, & hic quidem DD. conflictus est. Receptior tamen sententia stat pro Oldrado, si testator notarium & testes omninò adhibere decreuerit: atq; ita in dubio pro Oldrado regula constituenda erit: vt ex vocatione notarii, semper voluntas arguatur imperfecta, & suspensa in futurū notarii rogitum: nisi clare ex verbis ipsis testatoris, aut negocii circumstantiis inspectis, de contrario constet, quod testator voluntatem suam pro perfecta habuerit. *Ita Mascard. d. conclus. 1352. num.75.76. Domin. de Magd. d.c.5. num.15. Menoch. in fortioribus d. præsumpt.5. num.7.*

Cui regulæ non obstat, quod testamentum in dubio ratione voluntatis perfectū & testator non plus dispositurus fuisse præsumatur, quam dixerit, *d.l. si quis testamentum. Menoch. d. præsumpt.5. num.1.2.3. Zunt. in respons. pro vxore. num.286.* Nam hic textus nequaquam in casu nostro, vbi testatoris voluntas suspensa est, sed in longe aliis terminis loquitur. Eodemq; modo ad aliud vulgatum axioma responderi potest, quod in dubio nemo eam viam elegisse præsumatur, per quam ipsius iudicium euertatur. Vbi autem testator dispositioni suæ notarium & testes adhibere decreuit, & sic actum suspendit: ipsius dispositio merus tractatus & nuda præparatio ad testandum regulariter esse intelligitur, antequam notarius rogetur, & testamento in præsentia testatoris atque te-

stium

stium relecto, totus actus debitum accipiat complementum. Testamentum enim ratione formæ & perfectionis dicitur indiuiduum: vt supra num. 13. dictum fuit: ideoque eius perfectio in vltimo puncto & in vltima litera consistit, *Bald. in d.l si ii qui. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 4. num. 4. Dominic. de Magdalen. in tract. de num. testium in testam. requis. part. 1. cap. 6. num. 261. Cuiac. in l. ex ea scriptura. infr. eod. Hotom cons. 36. num. 18.* atque à conclusione dependet, *Carol. Molin. l. 1. § si quis ita num. 12. infr. verb. oblig.* Et dicitur forma testamenti non sola hæredis institutio, sed totius testamenti absolutio atque perfectio: *Mant. d. tit. 4. num. 4.* vsque adeo vt quo ad testamenti formam atq; perfectionem actum plane nihil intelligatur, quamdiu adhuc aliquid faciendum superest, *Alciat. in l. soluendo. num. 4. ff. verb. oblig. & DD. locis relatis.*

Hæc autem regula, ex Oldradi & communi interpretum sententia constitutá, limitatur in omnibus casibus, in quibus ex verbis testatoris, aut negocii circumstantiis inspectis, clare vel præsumptiue liquet, testatorem voluntatem suam pro perfecta habuisse, *Dominic. de Magdalen. d cap. 5. num. 15.* Quorsum referri potest casus, si testator non curauit, an de sua voluntate conficeretur scriptura à notario, *Mascard. d. conclus. 1353. num. 82.* & alter ille casus, si testator plura postea, præsente notario & testibus ordinaturum se dixit: & quum eius rei perficiendæ facultatem haberet, nihil fecit. de quo in præced. num. 407. in additione lit. A. quædam notata sunt.

410 De altera quæstione similem fere adhibent nostri distinctionem, Imo casus hosce plerique coniungunt.

Aut enim constat, quod testator non aliter testamentum voluerit esse perfectum, nisi relectione à Notario facta: & idem quod de priore casu iuris esso arbitror. Parum enim differre videtur, vtrum in futurum notarii rogitum, an in futuram testamenti relectionem testator dispositionem suam suspenderit. Et huc materia præcitatæ *l. contractus.* facit.

Aut de hoc non constat.

Et siquidem testator nihil ipsam relectionem curauerit, scriptura quidem ob relectionem non factam concidit, testibus autem testamentum probari poterit: modo nihil præter relectionem complemento testamenti desit. Hoc membrum distinctionis proponit *Mascard. d. conclus. 1352. num. 84.* quod in textu prosequutus sum.

Aut vero testator voluit, non tantum notarium adhiberi, & scripturam confici: *Mascard. d. conclus. 1352. n. 75.* sed etiam dispositionem suam coram notario & testibus publicari: *Menoch. d. præsump. 5. nu. 7.* quod in dubio præsumitur: quum testator, qui notarium adhibuit, credatur ex more voluisse publicari testamẽtum: *Marc. Ant. Natta cons. 14. n. 17. Ruin. cons. 1. num. 7. lib. 3. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 4. n. 6.* præsertim ob clarissimam præcitatæ Nouellæ Imperialis decisionem: hoc casu in dubio regula constituenda erit, quod testamentum non solennitatis modo respectu, in quo omnes DD. conueniunt, sed & voluntatis ratione imperfectum sit inter extraneos, vt eadem hic regula statuatur, quæ in casu præcedente, quod censuit *Domin. de Magd. d. c. 5. nu. 21.* vbi plurimos iuris DD. pro hac parte adducit, *Ruin. d. cons. 1. nu. 7. cum mult. seqq & nu. 21.* qui hanc magis communem dicit. *Menoch. d. præsumpt. 5 num. 7. Mascard. d. conclus. 1352. num. 75.* Et grauiter *Duaren. loco relato.* Hodie (inquit) solent adhiberi ad testamentum faciendum, qui dicuntur tabelliones. Describere voluntatem testatoris solent. Et hoc est moribus receptum, vt articulate & distincte recitent, vt videat testator an hoc senserit, an aliquid adiectum, vel omissum sit. Quid ergo (ait ille) si antequam totam scripturam recitasset tabellio, occumbit testator? Respondet: Idem vulgo dici solet (id est, quod testamentum sit ratione voluntatis imperfectum:) argumẽtum ducitur ex hac lege, (id est, ex *l si quis testamentum 25. hoc tit.* Illum enim textum ibi *Duaren.* tractat.) Addit ibi rationem decidendi: Solent enim (inquit) testatores plerunq; adimere, plerunq; adiicere, quum scriptura recitatur, & forte aliquid sustulisset, si Notarius ei totam scripturam recitasset. Id accidit superioribus annis in hac vrbe. Hæc ille. Idem sensit *Thom. Gramm. decis. 62. n. 5. & 6.* vbi ait: etsi testator bene ordinauerit testamẽtum & perfecte, & pariter Notarius optime illud scripserit nisi demum ipsum legerit, in præsentia testatoris & testium, & testator illud suum testamentum esse asserat, quod non valeat nedum iure testamenti, sed nec iure codicillorum, licet in eo fideicommissum esset insertum.

A regula ad hunc posteriorem casum ita constituta, DD omnes casus excipiunt, in quibus constat, testatorem suam dispositionem pro perfecta & absoluta habuisse,

adeo, vt aut relectio nulla fieri debuerit: aut certe actui nihil omnino præter relectionem defuerit.

Tales casus hi sunt: 1. si notarius super schedula iam ab ipso testatore signata & clausa requiratur (qualem casum ego habui.) 2. aut super schedula apud tertium existente rogetur: qualis fuit casus Zunti in responso pro vxore, vt ille ibi *num.291.293.328.* indicat. Hisce enim casibus quum non rogetur Notarius de singulis in scheda contentis, vt videlicet illa legat, publicet, & in formam instrumenti postea redigat: sed hactenus interpelletur, vt & in testationem hoc in genere solum referat, quod moriens protestatus sit, schedulam clausam aut alibi existentem esse suum testamentum: & perfectionem suam non differat in aliud tempus: nihil dubitandum, dispositionem ratione voluntatis defuncti perfectam esse, etsi solennitas relectionis non accesserit, *Zunt. ibidem num.312. 328.* Idem 3. de scheda ab ipso testatore scripta iudicandum. Nam ne hoc quidem casu publicatio necessaria est, vt voluntas defuncti perfecta esse dicatur, vt eleganter deducit *Cephal. consil.99. num.19.20.21.* vbi hanc communem dicit, & rationem diuersitatis inter schedam à testatore ipso, vel ab alio scriptam adfert, sequitur *Zunt. in d. responso. num.309. cum seqq.*

Tertio ad solennitatem testamenti tam clausi, quam nuncupatiui iura 411
requirunt, vt testes septem idonei, competenter interueniant, vt infra in specie (DEO volente) explicabitur.

Quarto ad solenne testamentum necessarium est, vt testator scriptu- 412
ram consignatam vel ligatam, vel tantum inclusam inuolutamque proferat, eamq; suum testamentum esse dicat, rogetque, vt sibi testes sint, quomodo suum testamentum condiderit, & proinde omnibus testibus simul illud offerat signandum atque subscribendum, *d. l. hac consultissima. ibi DD. & Castr. num.1. versic. tertio quod testator dicat.* In nuncupatiuo autem testamento requiritur, vt testator coram testibus septem, in vno eodemq; loco collectis, voluntatem & testamentum suum nuncuparit, *d. l. hac consultissima. §. per nuncupationem. ibi DD.*

Quinto necessarium est, vt testator etiam testamentum clausum sub- 413
scribat, *d. l. hac consultissima. in princip.* nisi ipse testamentum sua manu scripserit. Quo casu subscriptione eius opus non est, *l. quum antiquitas. 28. §. quum autem constitutione. C. de testam. Duar. h. rub. de testamento in scriptis. versic. quinto subscriptio.* At si ipse literas ignoret, vel propter infirmitatẽ scribere nequeat, octauus subscriptor pro eo adhibendus erit, *d. l. hac consultissima. in princip. & d. § quum autem constitutione.* Et qua forma testator aut octauus subscriptor pro eo subscribere debeat, tradit *Specul. tit. de instrument. edit. §. compendiose. num.40. Carol. Molin. consil.31. num.9. Petr. Gregor. in syntagm. iur. lib.42. cap.4. num.2.*

Sexto tam in testamento clauso quam nuncupatiuo requiritur, vt 414
vno *i* contextu testamentum fiat. Est autem vno contextu facere nullum alienum *k* actum testamento intermiscere, *l. qui testamento 20. § fin. ibi DD. & l. hæredes palam. 21. §. fin. ibi DD. h. tit. n. §. sed quum paulatim. Instit. eod. l. hac consultiss. 21. in prin. ibi, vno eodemque die ac tempore. vbi DD. C. eod. Eleganter Carol. Molin. in l. 1. §. si præsens per tot. maxime num.11. cum seqq. infr. verb. obligat. Duar. h. rubr. de testamento nuncupatiuo. vers. inprimis addendum & rubr. de test. in scriptis. vers. sexto. Petr. Greg. in syntag. iur. lib.42. cap.4. num.5. Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib.2. interpr.2. dub.2. sol.3. num.47. Graff. §. testamentum. q.60.*

Declaranda tamen hæc sunt 1. Nam etsi ex causa necessitatis in perso-

na

i Ratio decidendi: Testamentũ est sententia voluntatis nostræ, & iusta quidem, atq; extrema. Quare testatorem vni illi rei, quam agit, intentũ esse decet. Vt n. ignis copiosa materia oppress⁹ extinguitur: Et quemadmodũ stomachus crapula & immodicis potationibus distentus, naturæ vim exercere nõ potest: ita de animæ quoque rationalis effectionibus idem iudicandum. *Pluribus intentus minor est ad singula sensus.* Et Iuuenal. satyra 6. *Pectora nostra duas non admittentia curas.* Ita *Imol. in d. §. fin. num.13.*

k Hinc quærunt DD. Si in testamento contractus aliquis initus fuerit, an is vitiet testamentum? Respondet *Duaren. h. sub rubr. de nuncupatiuo testamento. vers. superius cœpimus, &c.* Si contractus sit à testamento alienus, testamentum vitiari, aliud si ad testamentum pertineat. Textus sunt clarissimi in *l. non est mirum. 26. supr. pignorat. act. in l. Lucius. 12. insr. de alim. & cib. legat.* Vide interpretes *in d. §. fin.* vbi (Deo volente) explicabitur.

na testatoris, vel testium contingentis, paululum intermitti, quod gerebatur, oporteat: id testamento nihil oberit, *l. casus. 8. l. cum antiquitas. 26. vbi DD. C. testam. Duaren. hic sub rubr. de nuncupatiuo testamento. versic. superius cœpimus ostendere.*

Declara 2. Nam non est necesse testatorem vno eodemque tempore & dictare suum arbitrium & testes adhibere atque finire testamentum: Sed in testamento clauso vnus contextus esse debet, quo ad testatoris significationem, & subscriptiones atque subsignationes: quod eleganter explicat textus *d. l. hac consultissima. in princip. & præcitata Constitutio*, **von Notarien** / *sub rubr.* **von Testamenten** / **rc.** *versic.* **Nun die form eines Testaments in Schrifften** / **rc.**

Ex præcitatis iuribus hanc rem, quo ad testamentum solenne in scriptis, eleganter sic complexa est constitutio Imperii, von Notarien / Anno 1512. Coloniæ publicata, sub rubr. von Testamenten / in versic. Nun die form / Die form eines Testaments in Schrifften ist also / daß der / so sein Testament machen wil / in Schrifft bezeichnet vnd verbunden / oder allein beschlossen vnd eingewickelt / von desselben Testirers / oder eines jeden andern hand geschrieben / vor sieben Zeugē / so sie alle bey einander versamlet seind / vorbringt / vnd leget die dar / durch einen jeden der sieben Zeugen zu vnterschreiben / vnd mit jhren gewöhnlichen Signeten zu besigeln / doch also / daß er öffentlich ansag / daß solches / so er darlegt / sein Testament sey / vnd vor den Zeugen allen mit eigener Handt vnterschreibe / oder wo er nicht schreiben könte / oder als dann nicht möchte / durch eines andern achten gezeugen handt / in seinem Namen / vnd auff sein begehren / an einen ort vnterschreiben lasse / als dann desselben tags vnd zeit / ohn daß einig ander außwendig handlung / oder weil / dañ allein die leibs nohthalb geschehe / vnd klein were / darzwischen falle / durch sieben Zeugen alle mit jhren eigenen händen vnterschrieben / vnd gewöhnlichen siegeln bezeichnet werde.

Declara 3. Nam etsi testator per multos dies horis sibi opportunis testamento incubuerit: tamen propter tot interualla, testamentum non vitiatur, quando coram Notario & iisdem testibus omnia semel repetuntur & concluduntur, quod eleganter explicat *Molin. loco præcit. num. 11. 12.*

In testamentis autem nuncupatiuis vnus contextus spectatur circa nuncupationem, vt videlicet testator vno & eodem tempore, coram septem testibus palam, id est, illis exaudientibus, hæredes exprimat, & voluntatem suam nuncupet, *Duaren. d. rubr. de nuncupatiuo testamento.* Et omnium maxime consultum est testatoribus, vt vbi amplius patrimonium est, & omnia facile testibus proponi non possunt, ea forma vtantur, quam Iustinus Imperator *in l. hac consultissima. versic. at quum humana. C. qui test. fac. poss.* proposuit. de qua supra circa testamentum cœci, requisito 9. dictum est.

Et quidem pro regula notandum, omnia in testamento vno contextu facta præsumi, nisi contrarium doceatur, *Alex. in l. 2. §. prius. num. 16. infr. vulg. & pupill.*

Hoc tamen requisitum: quod vnico contextu testamentum faciendum, 20. modis limitat *Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 14. num. 82. cum seqq.*

415 VII. Requiritur, vt si testator aliquid mutare voluerit, omnia ex integro faciat. *l. heredes palam. §. si quid post. h. tit. n. Duar. h. sub rubr. de nuncupatiuo testamento. vers. præterea in testamento faciendo per nuncupationem. & rubr. de testamento in scriptis.* Quæ infra circa expositionem *d. §. si quid post. & l. sancimus. 27. atq. l. pen. C. eod.* (Deo volente) declarabuntur.

416 Porro in testibus, de quibus supra memini, tria necessaria requiruntur: 1. Vt sint idonei: 2. Vt testamento competenter, & secundum iuris normam adhibeantur: 3. Vt sint septem.

Primum ergo requiritur, vt testes sint habiles, aut communiter pro habilibus habeantur, l *Rolandin. de testam. rubr. 35. num. 7. Duaren. h. sub rubr. de testib. in testamento idoneis. versic. dicere cœpimus. Clar. §. testamentum. quæst. 55. num. 10. Graff. §. testamentum. quæst. 57. num. 17.* Tales sunt. 1. masculi, non fœminæ, m *l. qui testamento. 20. §. mulier. ibi DD. h. tit. n. Constitutio Imperii* von Notarien / *rubr.* von Testamenten. *versic.* Die Notarien sollen / ꝛc. *Rolandin. d. rubr. 35. num. 6 Clar. d. q. 55. num. 2. vsque 7. Dilect. de arte testandi tit. 2. caut. 2. n. 7. cum seqq. Couarr. in c. cum esses. num. 14 extr. de testam. Nepos de monte Albano de except. art. 21. num. 4. Duaren. h. sub rubr. de testibus in testamento idoneis. vers. primum. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 12. n. 12. cum seqq.* vbi 21. modis limitat, *Duen. reg. 314 fœmina in testamentis. ibi post alios* quinque modis limitat, *Mantic. de coniect. vlt. vol. lib. 3. tit. 15. num. 9. Dom. de Magd. de num. test. in testam. requisito. part. 1. c. 16. nu. 21. Petr. Greg. in syntagm. iur. lib. 42. c. 5. nu. 4. Graff. d. q. 57. num. 2. vsq. 9.* Idem de hermaphroditis, qui in sexu masculino incalescunt, iudicandum, *Constitutio Imperii loco præcit. Roland. d. rubr. 35. nu. 6. Graff. d. q. 57. n. 8.* dicens communem. 2. Puberes, *Nepos à Monte Alban. de except. c. 20. num. 4. Roland. Duaren. Petr. Greg. locis præcit. Vasq. d. §. 12. num. 67. cum seqq.* vbi 20. modis ampliat, & 8. modis limitat. 3. Ciues & ingenui aut communiter pro ingenuis habiti, *l. 1. C. testam. §. testes autem. Instit. eod. Roland. Clar. Petr. Gregor. Graff. locis præcit. Duar. d. rubr. vers. dicere cœpimus. Vasq. d. §. 12. num. 87. cum seqq.* vbi 11. modis ampliat, & 5. modis limitat. 4. Habentes testamenti factionem. *Text. in d. Constit. Imperii. vers.* n Die Notarien. *Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 13. num. 1. cum sequentib.* Ergo non testificantur intestabiles, *Duaren. loco præcit. vers. ad hunc locum. Petr. Gregor. d. cap. 5. num. 4. l. is cui lege. 18. §. fin. l. cum lege. 26. h. tit. n.* & ii, quibus bonis est interdictum, vt prodigi, *Rolandin. d. rubr. 35 num. 7. Duar. & Petr. Gregor. loco relato.* & qui sunt incapaces, *Duar. vbi supr. vers. supertus cœpimus. Roland. d. rubr. 35. num. 7.* 5. Non hæredes, o vt neque pater, qui hæredem habet in potestate, neque filius, aut nepos, qui in hæredis sunt potestate, neque frater hæredis, qui cum eo sub eiusdem patris potestate est, *d. l. qui testamento. 20. h. tit. n. §. pater. §. sed neque. Institut. eod. Constitut. noua Imperii d. vers.* Die Notarien. *Duar. loco relato. vers. eadem ratione repellitur. Vasq. d. §. 13. num. 4. cum seqq.* vbi 19. modis declarat, *Graff. d. q. 57. num. 13. & 14.* qui vno modo limitat. Estque decidendi ratio, quod totum negocium, testamenti gratia, inter testatorem atque hæredem agatur, qua ratione aliud est in legatario, quod doctissime explicat atq; latissime *Duaren. loco præcit. vers. eadem ratione. Rolandin. d. rubr. 35. num. 8. 9. Clar. d. q. 55. num. 8. Petr. Gregor. d. cap. 5. num. 4. Graff. d. q. 57. nu. 15.* 6. Non existentes sub potestate testatoris, *d. l. qui testamento. in princ. d. Constitut. noua imperii. vers.* Die Notarien. Et quod de filio hæredis atque testatoris dictum est, id aliqui etiam ad emancipatos pertinere perperam contendunt, p *Clar. d. quæst. 55. nu. 9.* 7. Non furiosi, non cæci, non surdi, non muti, *Rolandin. d. rubr. 35. num. 7. Duaren. loco relato. versic. primum. Petr. Gregor. d. cap. 5. num. 4. Vasqu. dict. §. 13. num. 24. cum seqq.* vbi 19. modis limitat. Non vsurarii manifesti. *Bald. l. 1. num. 16. vers. octauo quæritur. C. eod.* Et quidem in dubio omnes

l Ratio decidendi ex *l. Barbarius. 3. supr. offic. prætor.* Quod communis error faciat ius. Quod supra explicatum.

m Rationem decidendi videbimus (Deo volēte) in expositione *d. §. mulier.* Minus periculi est in teste iudiciali quam in testamentario. Nam in iudiciis testium fides 1. examinatur à iudice: 2. à parte datis interrogatoriis: 3. Disputationibus, quas allegationes vocamus. Vtimur enim exceptionib. contra personas & dicta testium. At nihil tale accidit in teste testamētario: & si interdum super testamentis lites & disputationes exoriuntur, id per accidens fit. Hinc mulier in iudicio est testis, non in testamentis.

n Textus loquitur de vtraq; factione, sed accipiendus est regulariter: Viel seynd im Rechten zu solcher Zeugnuß verbotten / Allgemeinlich (communiter, regulariter) alle die / so selbst nicht mögen von recht Testament machen. Nam filiifamilias testes esse possunt in testamento, licet regulariter non testentur.

o Hæredes nō possunt esse testes in testamento. *d. l. qui testamento.* Testatur tamen Cicero pro Milone, se & Pub. Clodium à Cyro architecto hæredes scriptos, testamentū obsignasse. Idémque dicit textus in *§. sed neq. Instit. eod.* in testamentis per æs & libram iam olim hæredes testes fuisse, non familiæ emptorem. Qua de re videbimus ad *d. l. qui testamento.*

p Hæc sententia non est vera. Nam in testamentis hoc singulare est, vt coniuncti pro coniunctis admittantur, vt sunt 1. legatarii, 2. fideicommissarii, 3. socius omnium bonorum in testamento socii, & pro socio, 4. Vxor pro marito, 5. frater pro fratre. 6. patronus pro liberto, 7. filius emancipatus pro patre testetur. Nam quod filiusfamilias in parentum testamentis & pro parentibus hæredibus institutis non testetur, id non propter sanguinis coniunctionem, sed propter patriam potestatem introductum est.

omnes intelliguntur esse habiles, qui non prohibentur, *Roland. d. rubr. 35. num. 6. Duaren. loco relato. in princ. Mascard. de probat. lib. 3. conclus. 1353. num. 15.* etiam infames, nisi sint notorie infames apud omnes, *gl. in l. cum lege. 26. ibi Bart. num. 2. Bald. num. 1. Castr. num. 5. Alberic. Imol. qui tamen distinguit. h. tit. n. Gabr. Roman. lib. 1. recept. conclus. tit. de testib. conclus. 19. num. 10.*

417 Necessarium autem est, testes idoneos fuisse tempore testamenti, *l. ad testium. 22. §.* q *conditionem. ibi DD. h. tit. n. vbi ego quoque exposui. Mantic. de coniect. vlt. vol. lib. 2. tit. 10. Mascard. d. conclus. 1353. num. 18.* Quod ample examinat *Duar. loco pracit. vers. hinc existit quaestio difficilis.*

q Hæc sententia plene explicatur *infr. l. ad testium. §. conditionem. h. tit. n.*

Et propter hanc disputationem de inhabilitate testium consulit *præcitata Constitut.* **von Notarien /** *loco relato,* **Daß zu zeiten vber die notturfftig anzahl der Zeugen / andere mehr darzu vor Zeugen genommen vnd gebetten werden / darmit / ob der andern etliche von Recht verworffen erfunden / das Testament dardurch nicht zu vnkräfften kommen möge.** *Idem tradit Roland. d. rubr. 35. num. 5.*

418 II. Requiritur, vt testes competenter, & secundum iuris normam testamento interueniant. Necessarium ergo est, vt 1. non coacti, *Vasqu. de success. creat. lib. 2. §. 20. num. 191. vers. praterea & ad testamenti primordialem creationem. text. est express. l. qui testamento. 20. in fin. ibi DD. infr. eod. tit.* 2. Vt non fortuiti, sed rogati sint ad hunc effectum, vt præsto essent tanquam testes ad actum testandi, *l. haeredes palam. 21. §. in testamentis. ibi DD. & DD. in l. Domitius. h. tit. n. d. Constitut. noua,* **von Notarien.** *vers.* **Es ist auch im Testament noth.** *Socin. reg. 105. testes in testamento.* vbi tribus modis limitat, *Duaren. h. sub rubr. de testamento nuncupatiuo. versic. quinto rogati. Petr. Gregor. d. cap. 5. num. 4. Clar. §. testamentum. quaest. 58. num. 1. 2. 3. Vasqu. de success. creat. lib. 2. §. 13. num. 59. cum seqq. & num. 69. cum seqq. vsque ad fin.* vbi quatuor modis ampliat, & sex modis limitat, *§. 20. num. 191. versic. praterea trigesimoseptimo opus est. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 11. num. 1. & sequentib. Mascard. de probat. lib. 3. conclus. 1354. Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib. 2. interpr. 2. dub. 2. solut. 3. nu. 40. Domin. de Magdal. de num. test. in testam. requis. part. 1. cap. 16. num. 21. Graff. d. §. testamentum. q. 58. num. 4.* r Et hoc articulandum atq; probandum, quum rogati non præsumantur, s eoq; vtile est, vt instrumento super testamento confecto inseratur, *Roland. d. rubr. 35. nu. 10. 11. Vasq. d. §. 13. nu. 59. Mantic. d. tit. 11. per tot. Mascard. d. conclus. 1354. nu. 8. cum seqq.* 3. Vt sint t rogati, *Nepos à Monte Alb. de except. cap. 20. num. 3. egregie Carol. Molin. in cons. 31. nu. 3. 4. 5.* à testatore, vel ab alio iussu testatoris, *Vasqu. d. §. 20. num. 191. vers. trigesimo octauo requiritur.* aut præsente & patiente testatore, *Clar. d. quaest. 58. nu. 4. Menoch. de praesumpt. lib. 4. tom. 1. praesumpt. 8. nu. 13. Mascard. conclus. 1354. num. 7. Crauet. cons. 117. num. 2.* dicens communem, veriorem, æquiorem & communiorem, consuetudine roboratam, *Mascard. d. conclus. 1354. num. 7.* licet aliqui sentiant per ipsum testatorem esse rogandos, *Clar. d. quaest. 58. Graff. d. quaest. 58. nu. 5.* 4. Vt toti testamento intersint, *Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 14. num. 58. cum seqq.* vbi 19. modis limitat, *Graff. d. §. testamentum. quaest. 59. nu. 1. & seqq.* 5. Vt testatorem videant, & nulla cortina in medio sit: quod speciale in testamentis est, *l. si* * *non speciali. 9. ibi Cyn. Bart. Bald. Castr. nu. 5. Alberic. Ang. Salyc. num. 2. Alex. num. 7. dicens magis communem. Ias. num. 7.* qui

r Ille contendit hodie in codicillis quoque testes esse rogandos.

s Declarat *Ang. de testam. gloss. 109. nu. 3. 4. & seqq.*

t Sufficit testes à notario rogatos, dummodo ille rogetur à testatore. *Crauetta cons. 117. num. 2. Alex. cons. 33. num. 14. cons. 47. num. 3. & 4. lib. 1.* Vt autem etiam tacitus notarii rogitus sufficit: *Mantica lib. 2. tit. 12. nu. 3.* Ita duos testes probant rogitum factum. *Alex. cons. 47. nu. 34. lib. 1.* Etsi autem *Boer. decis. 35. n.* 4. 5. 6. senserit, sufficere notarium rogari ab eo, qui sibi relinqui procurabat: Tamen nimis generaliter loquitur, vt dicit *Crauetta d. cons. 117. num. 1.* Et in praxi non tenetur, vt etiam ex constit. Saxonica liquet.

* Cortina media impedit, quo minus testamentum valeat vt testamentum. Scribit enim *Cyn. in d. l. si non speciali.* se nouisse hominem, qui adeo dextre alterius vocem exprimeret, vt loquens in occulto, ab vxore illius, quem simulator repræsentabat, maritus esse crederetur, & vide casum per Clar. hic.

tribus modis notabiliter declarat, *& Alphan. in report. num. 425. C. testam. Duaren. h. sub rubr. de nuncupatiuo testamento. vers. tertio testes debent. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 14. nu. 1. cum seqq.* vbi 20. modis limitat, *Crot. de testib. part. 7. num. 169. vbi limitat. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 2. interpret. 2. dub. 2. solut. 3. num. 43. Mascard. de probat. lib. 3. conclus. 1352. num. 56. Clar. §. testamentum. quaest. 59. Graff. d. §. testamentum. q. 59. nu. 4. Graff. lib. 2. comm. opin. cap. 4. quaest. 39.* Ergo cœcus testis non est. *Vasqu. d. §. 14. num. 29.* vbi 21. modis ampliat, *Graff. d. §. testamentum. quaest. 57. num. 12.* 6. Quod simul & eodem tempore audierint ipsum testatorem articulata voce, & intelligibiliter loqui, disponere, & exprimere totam suam vltimam voluntatem, *d. l. hac consultissima. §. per nuncupationem. Sim. de Prat. d. solut. 3. n. 48. 49.* 7. Vt testamento clauso omnes testes vno eodemque tempore coram testatore subscripserint & subsignauerint, & alterum sine altero nihil valet, *dict. l. ad testium. 22. §. si quis ex testibus. ibi Bart. & Bald. num. 1. Angel. Albert. de Rosat. Castr. Speculat. d. § compendiosae. nu. 41. Nepos à Monte Alban. de except. c. 20. nu 4. Petr. Gregor. in syntag. iur. lib. 42. cap. 4. num. 23. Duaren. hic sub rubr. de testamento in scriptis. vers. tertio. vers. quarto.* Hanc tamen sententiam de subscriptione testium *Vasq. d. §. 14. nu. 115. cum seqq.* 20. modis, & alteram illam de subsignatione tribus modis limitat, *§. 15. num. 42. 43. 44.* Imo ex Nouella Leonis 42. 43. sufficiens numerus testium testamentum ratum facit, tametsi id neque illorum subscriptiones neque signacula habeat.

Vtrum testamenta concidant, si tempore publicationis non omnes testes viuant, suo loco dicetur (Deo volente.) Illis difficultatibus optime occurri potest hoc modo: si testamentum coram Notario & testibus conficiatur, & de eo instrumentum publicum fiat. 419

Vide quae dico *infr. num. 451.*

In testamento in scriptis non est necessarius tabellio. *Vasq. de success. creat. libr. 2. § 15. num. 117.* Sed potest tamen adhiberi testamento clauso & nuncupatiuo, quod est vtilissimum. Nam si deinde testes moriantur, vel fidem amittant, nihil illud testamento nocebit. *Duaren. hic sub rubr. de testib. in testamento idoneis. vers. quoties quis testatione solenni. Domin. de Magdal. de num. testium in testament. requisit. part. 1. cap. 29. per tot. Sim. de Prat. de interp. vlt. volunt. lib. 2. interpr. 2. dub. 2. solut. 2. per tot. maxime num. 10.* Vbi hanc singularem cautelam post alios docet saluandi testamenta contra impugnationes propter defectum testium.

At quando Notarius in testamento adhibetur, distinguendum: Aut enim adhibetur vt Notarius, vt de toto actu instrumentum publicum faciat: & tum est competenter interpellandus, & adscribere debet signum Notariatus, atque alia necessaria in instrumento. *u Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 14. num. 25. §. 15. num. 117. §. 20. num. 191. vers. trigesimo quarto ad testamenti validitatem. Clar. §. testamentum. q. 58. num. 7.* Vtilitas est, vt dixi, propter testes. Imo necesse non est, testes in nuncupatiuo testamento adhibitos hoc casu examinari, *Couarru. c. cum esses. num. 1. versic. sed & illud notandum.*

u Vide quod dico infra circa expositionem *l. Domicius. h. tit. n.*

Si autem non vt Notarius adhibeatur, testes erunt examinandi, *Couarr. loc. praecit.* & hoc casu Notarius subscribendo atq; subsignando, vt alius testis sese gerere debet. *x* Atque hunc verum intellectum esse *l. Domicius. infr. h. tit. n.* tradit *Vasqu. de success. creat. lib. 2. §. 13. num. 63. Graff. §. testamentum. qu. 57. num. 16. & qu 58. num. 6.* Adde aliam etiam distinctionem, quam tradit *Domin. de Magd. d. c. 29. num. 8.*

Tertio necessarium est, vt 7. testes *y* interueniant, *d. l. hac consultissima in princip. ibi DD. d. Constitut. noua Imperii. vers.* vnd sollen / &c. *Rolandin. d. rubr. 35. num. 1. vsque 6. Duar. ad tit. n. hic. rubr. de nuncupatiuo testamento. & rubr.* de 420

x An autem Notarius, qui adhibetur ad scribendum testamentum, in specie sit rogandus vt alius testis, vide *inf. ad l. Domicius.* Hoc autem singulariter tabelliones cauebunt, vt nullius testamentū scribant, nisi eum nouerint: aut certe testes adhibeantur, qui cum illo notitiam habent: ne illis turpiter illudatur. *Roland. de testam. rubr. 3. num. 8.*

y Nouella Leonis Iunioris 41. 43. haec immutauit. Sed nos iuribus hic relatis vtimur: quum illius constitutiones nondum à nostris receptae sint. *Vigl. §. sed quum paulatim. num. 7. Instit. h. tit.* Quinimo etsi receptae aliquando fuissent: Nouella tamen hic relata recentior esset.

de testamento inscriptis. Vasqu. de success. creat. lib. 2. § 12. num. 1. & seqq. & lib. 3. §. 24. num. 15. vsq. 32. & num. 78. vsq. ad fin. Crot. de test. lib. part. 6. num. 26. 27. Nepos de Monte Alb. de except. cap. 20. num. 2. Sim. de Prat. de interp. vlt. volun. lib. 2. interpr. 2. dub. 2. solut. 3. num. 11. Petr. Gregor. d. cap. 5. num. 5. cum seqq. Mascard. de probat. lib. 3 conclus. 1352. num. 13. 14. cum seqq. & omnium nouissime atque latissime Domin. de Magd. de num. test. in testam. requisit. part. 1. cap. 1. 2. 3. vbi de rationibus dubitandi atque decidendi pro hac materia late disserit.

Ratio dubitandi I. In ore duorum vel trium, iure diuino, gentium, & Canonico stat omne verbum. Respondent DD. sensum huius regulæ esse negatiuum, non affirmatiuum. In ore duorum stat omne verbum, id est, non pauciorum, & nemo damnandus est vnius testimonio, *cap. licet. 23. ibi gloss. verb. duorum. de testib.* Vide *Domin. de Magdalen. de num. testium. in testament. requis. part. 1. cap. 3. num. 4. vsque 16 part. 2. cap. 9. part. 3. cap. 3. num. 25.* Ego dico, hoc non sufficere. Constat regulæ sensum etiam affirmatiuum esse: Quia ius duorum vel trium testimonium probat, & pro sufficienti habet. Quare respondeo, hanc esse doctrinam regularem, quam ius propter communem vtilitatem, & ad fraudes euitandas distinguere potest.

II. Ratio: sæpe inextricabiles difficultates incidunt propter tot testes, vt proinde facultas testandi sæpe hoc nomine contra omnem æquitatem impediatur. Respondeo, iura non in singulas personas, sed vniuersim constituta esse, & si in vniuersum vtilia sunt, id legislatori satis est. Porro quod interdum propter plures solennitates impeditur testamenti facultas, in eo est fallacia accidentis. Nam id impedimentum non à iure, sed aliunde præstatur. Aut enim testator clare dicit, se nolle adhibere solennia iuris, & res expedita est. Aut vellet quidem testator adhibere solennia, sed impeditur. Si sua culpa impeditur, quod in tempore non est testatus, id sibi imputet. Iura enim vigilantibus sunt scripta: Si alia de causa impeditur, puta, propter pestem, aut aliud quid, ius ipsi succurrit, &c.

Rationes decidendi hæ sunt:

I. Tot solennitates sunt introductæ propter testamentorum sinceritatem, vt per tot homines veritas magis reueletur, & proinde propter communem vtilitatem, vt fraudibus obuietur in re maximi momenti, *Domin. de Magdal. de num. test. in testam. requis. part. 1. c. 2. per tot. & c. 3. num. 1. cum seqq.* Neque cessat dispositio, si forte venientes ab intestato confiteantur voluntatem defuncti, siue hæc pro finali, siue pro impulsiua causa sit. *Domin. de Magd. d. c. 2. num. 20. 29.*

II. Ratio: testamentum voluntas est iusta, id est, solennis & perfecta. Igitur numerus sacer & perfectionis huic operi congruebat. Est enim septenarius numerus sacer & perfectionis numerus non modo in scripturis sanctis, sed etiam apud ethnicos. Videatur *Basil. Magn. in lib. hexaemeron homil. 11. quæ est de opificio hominis. Gregor. Nazianz. in orat. 44. quæ est in sanctam pentecosten. Beatus Hilarius Psal. 118. ad versic. principes persecuti sunt. Gregor. Nyssen. in orat. 1. de resurect. Christi. Dominic. de Magdalen. d. cap. 3. num. 29. Iacob. Ebert. de iuramentis sub rubr. de vocabulis Hebrais in princip.* Et nota, sufficere tres iure Canonico & diuino, duobus additis, habes testes in codicillis, iterum duobus additis, exurgit numerus requisitus in testamento. Simili proportione vtitur Iustinianus in vsuris legalibus, trientaria videlicet, communi & bessali.

Porro hanc regulam *Domin. de Magd. d. part. 1. cap. 4. cum seqq. vsq. ad c. 15.* duodecim modis ampliat.

421 Primam ampliationem, quod numerus hic septenarius sit de forma substantiali, tradit ille *ibi cap. 4. per tot.* vbi nouem fundamenta pro hac sententia adducit, *& cap. 8. num. 17. cap. 16. num. 213. 214.* Eandem materiam DD. ordinarie *in l. si vnus. ibi Ang. num. 1. & 2. Salyc. num. 1. Ias. num. 5. Clar. §. testamentum. quæst. 56. num. 2. Couarru. c. cum esses. num. 8. de testament. Vasqu. de success. creat. lib. 2. § 12. num. 10. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 11. num. 3.* qui dicit, hanc esse formam substantialem iuris ciuilis non iuris gentium, *Grass. §. testamentum. quæst. 54. num. 2.*

Secun-

Secundam ampliationem tradit ille *cap.16.* quod numerus hic etiam sit de forma probatoria.

Tertiam, quod testator facere non possit, vt valeat testamentum cum minori numero, proponit *in c.6.* Hæc est materia *l. nemo infr. legat.1.*

Ad quartam addatur *Mascard. de probat. conclus.1352. numer. 16. 17. lib.3.* 422

Ampliat 5. vbi deficit numerus testium, ne quidem in supplementum semiplenæ probationis iuramentum defertur.

Ampliat 6. deficiente numero testium, non curatur confessio venientium ab intestato.

Ampliatio septima est de casu necessitatis. z Quam doctrinam quinque fundamentis latissime comprobat *Domin. de Magd. d. part.1. cap.10.* 423

z Hæc in puncto iuris verior, per rationes *Domin. de Magdal.* & maxime propter *l. conficiuntur. 8. §. codicillis. infr. iur. codicill.*

a Necessitas legem non habet. Quam ratione ample pertractat *Domin. de Magd. ibi Sebast. Medices de casibus fortuitis q.6. per tot. maxime num.28.*

Contrariam autem a tenet *Bened. post alios. verb. testamentum. el 1. num.13. versic. tertio fallit. & vers. quarto fallit. Mascard. de probat. lib.3. conclus.1352. num.50.* communem & veram dicit *Vasqu. de success. creat. lib.3. § 24. num.2. fall 20. & num.3 fallen.21. & num.5. fallen.23. Grass. §. testamentum. quæst.54. nu. 11.12.* Et huc etiam pertinet testamentum in carcere tyranni factum, de quo per *Bened. Mascard. Grass. locis relatis.*

Octauo ille ampliat, vt idem sit tempore pestis, *d. part.1. cap.11. num.29.* 424
vbi hanc magis communem & veriorem dicit. Quæ sententia valde controuersa est, vt proinde *Gabr. Rom. lib.4. recept. conclus. tit. de testamentis conclus.8. Iul. Clar. §. testament. q.56. num.3. & Mascard. d. conclus.1352. nu.18.* plures ex ordine opiniones circa hanc quæstionem recenseant.

Prima opinio est Baldi *in l. fin. num.1. C. de testam.* vel potius Nicolai de Matarellis, quod sufficiat, testamentum fieri coram quinque testibus. Rationes refert *Mascard.* SECVNDA opinio, quod requirantur testes septem, vt in aliis testamentis: quum hic casus à regula non sit exceptus. Hanc prolixe tuetur *Domin. de Magdalen.* TERTIA opinio est Floriani & Christophori Porcii: quod pestis bellum diuinum, ideoque hic distinguendum sit, vt inter milites: quod sanus existens in loco contagioso, possit testari coram duobus rogatis, infectus autem coram duobus etiam non rogatis, sed fortuitis. QVARTA opinio est Ripæ distinguentis, vtrum pestis sit magna, & quinque testes sufficiant, aut modica, & septem necessarii sint. QVINTA opinio est Iulii Clari, qui ipse quoque aliter distinxit.

Dn. Hotoman. respondit, quinq; testes admittendos, *in consil.59. per totū.*

Etsi autem *Clar. loco relato* hanc, quam *Domin. de Magdal.* tuetur, magis commmunem dicat: alii autem illam opinionem, quod quinque testes sufficiant, magis communem & veriorem perhibeant: vt *Gabr. Rom. d. conclus.8. nu.1. Vasq. de success. creat. lib.3. §.22. num.35. Grass. §. testamentum. quæst.54. num.5.* quam post plures alios etiam sequuntur *Bened. d. verb. testamentum. el 1. num.13. vers. quarto fallit. Sim. de Præt. de interpr. vlt. volunt. lib.2. interpr.2. dub.2. solut.3. num.25.* Tamen Camera b Imperii & Electoratus Saxoniæ illam sententiam amplectuntur, quæ tres duosve testes admittit, *And. Gail. obs. pract. lib.2. obser.118. num.18. Constit. Elect. Saxon. part.3. cap.4.*

b Hæc sententia illa ratione nititur: quod pestis sit bellum diuinum. De qua videatur *Mascard loco præcitat. & additio ad Rolandin. rubr.35. num.2.*

Nono ampliat ille, vt idem sit in testamento ad pias causas de iure ciuili. Ita *d. part.1. cap.12. per tot. & part.2. cap.1. nu.7.* Aliud hodie est de iure Canonico, per *cap. relatum.11. de testam.* Cuius materiam amplissime pertractat c *idem Domin. de Magd. d. part.2. c.1. n.1.2.3.4.5.6.7. Bened. d. verb. testamentum. el 1. num.57. vers. vndecimo. Clar. §. testamentum. q.56. num.5. Vasq. de success. creat. lib.3. §.22. num.1. cum multis seqq. Mascard. d. concl.1352. nu.32. vsq; 43. Sim. de Prat. d. solut.3. num.19. Grass. §. testamentum. q.18. & q.56.* 425

c Testamentum ad pias causas regulis iuris ciuilis nō est subiectum. *Ang. in tract. de testament. gl.3. num.7.*

Ampliatio 10. est, vt septem testes requirantur, etsi ex priuilegio Principis concessa sit 426

sit libera testandi facultas. Supra dixi, quæ sit vis rescriptorum, legum & priuilegiorum, quando alicui conceditur libera testandi facultas. Hanc declarat *Dom. de Magdal. d. part. 1. c. 13. per tot.*

Ampliatio 11. est, quod non excuset ignorantia iuris. Hanc tractat *Domin. de Magd. d. part. 1. cap. 14.*

417 Ampliatio 12. vt septem testes necessarii sint, non modo in probanda voluntate expressa, sed etiam & quidem multo magis in voluntate tacita, id est, vbi agitur de probando aliquo iudicio vel coniectura, ex qua tacita voluntas principalem dispositionem concernens elicitur. Est enim institutio triplex: expressa, ficta, & talis, quæ ex verbis & aliis circumstantiis bona consequentia elicitur. Tales circumstantiæ, indicia, vel alia, cum respiciant voluntatem testatoris, non minus probanda sunt. Ita *Dom. de Magd. d. part. 1. cap. 14.*

Hæ sunt ampliationes: accedemus nunc ad limitationes.

Etsi autem *Domin. de Magd.* bene multas limitationes, puta in *part. 1. à c. 16. vsque ad finem illius partis*, fallentias 16. *& in part. 2. per tot.* duas: *in part. 3.* vnam: & sic in vniuersum 19. fallentias tradat: Tamen cum Vasqu. plures habeat, illius methodum sequemur, paucula quædam addituri.

Obseruandum autem, Vasquium de successionum creatione tres libros scripsisse. In 1. tractat de potestate testandi: in 2. de requisitis testamenti: in 3. de fallentiis. Vnde cognosci potest, illas fallentias generales quidem esse ad totam testamenti materiam: sed quum etiam ad materiam testium pertineant, nil prohibet, quin illum ordinem sequamur.

428 Præcitata regula tot modis ampliata, fallit 1. Nam iure Canonico testamentum coram quatuor testibus valet. *Vasq. de success. creat. lib. 3. §. 21. n. 1.* Quum enim illo iure duo testes cum presbytero parochiali, vel confessore sufficiant, *c. cum esses. 10. de testament.* & duo testes vicem vnius gerant, quantumcunq; maximæ authoritatis sit. *c. licet. 23. c. cum à nobis. 28. de testib.* Hinc fit, vt communiter interpretes concludant: quatuor testes secundum ius Canonicum sufficere. Ita post multos alios concludit, & hanc communem dicit *Couarru. d. c. cum esses. num. 13. Clar. d. §. testamentum. qu. 57. num 3. 4. Mascard. d. conclus. 1352. num. 28. Domin. de Magd. in d. part. 2. cap. 8. num. 9. 10. Graff. §. testamentum. qu. 56. num. 4.*

Ne hic erretur, obseruandum est, duos esse casus in iure Canonico expressos, in quibus ius ciuile limitatur: 1. d est *in c. relatum. el 1. de testam.* in causa videlicet pia. 2 casus est *in d. c. cum esses.* quando testamentum est factum coram presbytero parochiali, & duobus testibus. Hi casus certi sunt. Sed quæritur: Vtrum extra hosce duos casus, obseruanda sit etiam iure Canonico iuris ciuilis solennitas, an non? Multi præstantes Iureconsulti existimant, exceptis hisce duobus casibus, nullam esse differentiam inter ius ciuile & Canonicum statuendum, quos refert *Vasq. loco relato.*

d Casum *c. cum esses. & c. relatum.* inter se permiscet Nepos à Mõte Alban. *de except. cap. 20. num. 1.*

Sed receptior sententia est, quod etiam extra hos duos casus iure Canonico 4. testes sufficiant, ea ratione, vt dixi.

Fallentia II. Vasquii, nil ad nos pertinet: quia loquitur de iure Regio. Ideo eam omitto.

429 III. IV. V. VI. Lmitat Vasquius præcitatam regulam, vbi vigore consuetudinis, statuti, per principem, aut per legem relaxata esset iuris solennnitas. e Ita tradit *d. §. 21. num. 44. addantur DD. in l. si non speciali. ibi Bald. num. 5. Castr. num. 5. dicens communem Alex. qui multa bona adducit in contrarium, & tamen hanc magis communem perhibet. num. 3. Salyc. num. 3. C. hoc eod. tit. Idem Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 12. num. 2. vers. limita secundum plerosque. Benedict. d. verb. testamentum. el 1. num. 54. vers. decimo fallit. Domin. de Magdal. d. part. 1. cap. 22. per tot. Graff. § testamentum. quæst. 54. num. 23. 24.* Idem dicendum in priuilegio *d. l. si non speciali. 9 ibi omnes DD. C. hoc eod. tit. Bened. d. verb. testamentum. num. 54. vers. decimo fallit.*

e Vide multa exempla apud *Menoch. de præsump. lib. 4. tom. 1. præsump. 4. num. 1. & seqq. & adde de statuto minorante testamenti solennia not. supr. n. 36. & inf. 458.* Et num priuilegiũ testium numerum imminuens, testes requirat rogatos, an non, tradit *Angel. de testam. gl. 109. num. 2.*

VII. Li-

VII. Limitat Vasquius in testamento paterno inter liberos. *f* Ita *d.* §. *21. num. 45. cum seqq. l. hac consultissima.* §. *ex imperfecto. ibi omnes DD. C.* g *de testamen. text. in d. constit. imperii. vers.* vnd sollen die Notarien/ rc. *Benedict. d. verb. testamentum. el 1. num. 72. vers. duodecimo fallit. Rolandin. dict. rubr. 35. num. 3. 4. Clar. d.* §. *testamentum. quaest. 8. num. 2. quaest. 56. num. 4. Sim. de Prat. d. solut. 3. num. 16. Petr. Greg. in syntagm. iur. lib. 42. cap. 5. num. 5. cum sequ. Mascard. d. conclus. 1352. num. 53. 54. Dominic. de Magdal. d. part. 1. cap. 16. per tot. Grass.* §. *testamentum. quaest. 11.* 430

Cum hoc casu & is cohaeret, quem *Vasq. d.* §. *21. nu. 166.* pro nona fallentia refert: de illo videlicet testamento, quod pater facit ad Monasterium, in quo filius eius monasticam profitetur.

VIII. Limitat Vasquius in testamento facto ad amicum. Id enim propter clausulam codicillarem, quae propter ardorem liciti amoris subintelligitur, vt codicillus, caeteris paribus, sustinetur. Ita *in d.* §. *21. num. 161. cum sequentib. Gabr. Roman. lib. 4. recept. conclus. tit. de testament. conclus. 5. num. 2. vers. primo limita. l. in testamento 38. cum gloss. infr. fideicom. liber.* Pro cuius tamen textus & glossae sententia videantur, quae dixi supra, ad definitionem testamenti, verb. Iusta, vers. IIII. hinc infertur, & quae dicentur infra ad textum *l. non dubium. C. eod. tit.* 431

X. & XI. Limitat in testamento facto à filio inter suos parentes, & in testamento, in quo fuerunt scripti legitimi haeredes. Ita *d.* §. *21. num. 182. vers. redeundo ad limitationes &* §. *22. ante num.* Etsi autem non idem priuilegium liberis inter parentes testandi tributum est, quod parentes habent: *Clar.* § *testamentum. quaest. 12. num. 6. Andr. Gail. pract. obseruat. lib. 2. obseruat. 112. num. 22. vers. quarto limita. Dominic. de Magdal. d. part. 1. cap. 16. num. 181. cum seq.* Tamen vbi venientes ab intestato instituti sunt, etsi de liberis non sint, quinque testes sufficiunt, *d. l. hac consultissima.* §. *si quis autem. vers. nisi forte. C. de testam. Vasqui. d.* §. *22. Dom. de Magdal. d. part. 1. cap. 17. per tot. Grass.* §. *testamentum. quaest. 54. num. 15.* 432

XII. Limitat in testamento ad pias causas. Ita *d.* §. *22. n. 1. cap. relatum. 11. vbi omnes Doctores de testament.* De quo proxime ampliatione 9. dictum est. 433

XIII. Limitat in testamento facto coram duobus testibus & presbytero parochiali. Nam illud iure Canonico valet. Ita *Vasq. d.* §. *22. num. 27. vers. redeundo ad casus.* Et haec est materia *d. c. cum esses.* h *vbi DD. omnes de testam. Angel. in tr. de testam. gl. 108. Clar. d.* §. *testamentum. quaest. 57. per tot. Sim. de Prat. d. solut. 3. num. 39. Mascard. d. conclus. 1352. nu. 27. cum seqq. latissime Domin. de Magdal. d. part. 2. cap. 8. 9. Constantin. Roger. de legis potent. vers. nunc videndum num. 45. Grass. d.* §. *testamentum. quaest. 56.* 434

XIV. Limitat Vasquius *d.* §. *22. nu. 28.* in dominis, qui in castris, vel locis merum & mixtum imperium atq; omnimodam iurisdictionem obtinent, *arg. l. si consul. 3. supr. adopt. iunct. l. omnium. 19. ibi DD. & Alex. num. 8. Ias. num. 16. C. hoc eod. tit. Bald. in l. sancimus. num. 5. C. donat. Bened. d. verb. testamentum. num. 20. vers. octauo fallit. Mascard. lib. 3. de probat. conclus. 1353.* 435

Vt proinde multo magis praecitata regula limitanda sit in principe. Quae est XXXI. fallentia Vasquii *de success. progress. lib. 3.* §. *26. per tot. DD. l. omnium. ibi Castr. num. 2. Dom. de Magd. d. part. 1. cap. 24. per tot.*

XV. Fal-

f Ratio decidendi I. fauor liberorum. *Dominic. de Magdal. d. c. 16. num. 22.* Est communis, à qua non recedendum. *num. 48. 49. cum seq. num. 53. 54. 137. cum multis seqq. maxime numer. 163. 164. 165.* II. Ratio, quod sine testamento ab intestato sint successuri. *Domin. de Magdal. ibi.* Et hi testes non requiruntur pro forma, sed ad effectum. At vbi habemus effectum, non curamus modum. Ergo etsi nullus testis, sed confessio adsit, id satis erit. *Dominic. de Magdal. ibid. nu. 166.*

g De testamento paterno vide, quae disputaui *in leg. hac consultissima.* §. *ex imperfecto. Cod. eod. num. 37.*

h *Cap. cum esses.* habet quatuor intellectus, de quib. per *gl. DD. & Couarr. ibi, & per Domin. de Magd. hic.* I. Vt procedat in pia causa: Hic reprobatur per omnes. Nam testamentū ad pias causas etiam sine presbytero valet. *Domin. de Magd. d. part. 2. cap. 8. n. 2. 3.* II. est, quod corrigat ius ciuile. reprobatur per omnes. *Dom. de Magd. d. part. 2. cap. 9. per tot.* III. Alii dicunt, quod *c. cum esses.* procedat in terris, quae ad Ecclesiam Romanam pertinent, quo ad vtrumque gladium. Hunc dicit communem *Couarru. ibi num. 12.* IV. Receptior sensus est quartus, de quo per *gloss. & DD. ibi.* Quod in foro Ecclesiastico ius Canonicum: in seculari ciuile seruetur.

436 XV. Fallit in testamento 1. à rusticanis, 2. extra ciuitatem aut castrum ruri condito, 3. vbi septem testes haberi non possunt. Nam quinque testes sufficiunt, *Vasq. d. §. 22. num. 29. cum seqq.* vbi quinque modis ampliat, & duobus modis sublimitat, *l. fin. ibi omnes DD. C. testament. text. in præcitata Constitut. Imperii. vers.* Vnd sollen die Notarien / &c. *Benedict. d. verb. testamentum. el 1. num. 12. vers. secundo fallit. Clar. §. testamentum. q. 56. nu. 6. (qui requisita ponit) Sim. de Prat. d. solut 3. num. 24. Mascard. d. conclus. 1352. num. 45. Domin. de Magd. d. part. 1. cap. 21 per tot. Grass. § testamentum. q. 54. num. 6. 7. 8. 9.*

437 XVI. Limitat Vasquius *in d. §. 22. num 35.* hanc regulam in testamento facto tempore pestis. De qua fallentia supra ad ampliationem 8. dictum est. Vbi tamen obseruandum, DD. in hoc conuenire, quod testamentum tempore pestis ab iis conditum, qui pro curandis infirmis, & alias pro seruitio & salute reipublicæ in loco remanent, coram duobus testibus fieri possit. *Dominic. de Magdal. in d. part. 1. cap. 20. per tot. Mascard. d. conclus. 1352. num. 26.*

438 XVII. Limitat Vasq. in testamento clerici. *d. §. 22. num. 37. cum multis seqq.* vbi late hac de re disputat. Est autem hæc sententia hodie secundum iura Canonica indubitata. At iure ciuili illis solennia in testando remissa non videri verius est. Qua de re videatur *Dec. c. in præsentia. num. 60. infr. probat. Auth. presbyteros. ibi, secundum leges C. episc. & cler.*

439 XVIII. Limitat idem *Vasq.* vbi electa est fides hæredis. Ita *d. lib. 3. §. 23. per tot.* Quæ est materia *l. fin. ibi DD. C. fideicom. & § fin. Instit. fideicomm. hæred.* proprie ad regulam nostram non pertinens: quum de electa fide hæredis agat: eoque validum testamentum & instit. hæredis præsupponat. Porro de sensu *d. l. fin.* videantur *DD. in l. nemo potest. ibi Francisc. Rip. n. 29. 30. ibi Bolog. num. 91. vsque 100. infr. de legat. 1. Bened. d. verb testamentum. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 2. tit. 13. num. 5. Forcat. Dialog. 14. num. 8. 9. Dom. de Magd. d. part. 1. cap. 27. per tot. Grass. §. testamentum. q. 54. num. 20. 21. 22. Idem § 1. num. 17.*

440 XIX. Limitat *Vasq.* in testamento facto tempore bellorum, ita *d. lib. 3. §. 24. nu. 1.* & in testamento facto in loco hostili. Quæ est 26. fallentia Vasquii *ibidem num. 9.* Omnes enim, qui iure militari testari non possunt: si 1. in loco hostili, 2. in procinctu vergenti, 3. & ibi decedant, quomodo velint & quomodo possint, testabuntur: quando eadem pericula cum militibus experiantur, *l. vnic. infr. bonor. possess. ex testament. milit.* Quæ late declarat *Dom. de Magd. d. part. 1. cap. 16. per tot. Grass. §. testamentum. q. 54. nu. 10.*

De fallentia XX. XXI. & XXIII. Vasquii supra dictum est, ad ampliationem septimam.

441 XXII. Limitat ille in Romipeta. *i* Ita *d. §. 24. num. 4.* Videatur *Ias. in l. fin. num. 9. C. h. tit. n. Bened. d. verb. testamentum. num. 16. vers. quinto fallit. Mascard. d. conclus. 1352. num. 48. Sim. de Prat. d. solut. 3. nu. 31.* Et hanc esse communem dixit *Vasq. ibi per Auth. omnes peregrini. C. commun. de success.*

i Qui peregrinationem religionis ergo Romam suscipit.

At contrarium tenet *gl. ibi. verb. liberam.* cuius sententia verior, vt testatus est *Domin. de Magdalen. d. part. 1. cap. 13. num. 6. cum sequentib.* vbi late hanc propugnat. Qua de re videnda, quæ supra limitatione 13. de ingredientibus religionem dicta sunt.

442 XXIV. XXV. & XXVII. Limitat idem Vasquius in testamento facto coram principe, vel Episcopo: & in testamento condito apud acta. Ita *d. § 24. num. 6. 7. 10. textus est in l. omnium. 19 vbi DD.* k *C. de testam. Benedict. d. verb. testamentum. num. 17. vers. sexto fallit & num. 18. vers. septimo fallit. Alphan. in collectaneis num. 876. Mascard. d. conclus. 1352. num. 47. Clar. §. testa-*

k Vide, quę dico infra ad *d. l. omnium.*

 mentum.

mentum.q.56.num.7.Sim.de Prat.d.solut. num.13.& 15. Graff. d.§.testamentum. q.54.num.18.19. late prosequitur Domin.de Magd. d. part.1.cap.23.& 25. & de testamento apud acta est text. in Constit. Saxon.part.3.cap.3.

Adde infr. num.487. in fine.

XXVIII. Limitat. Nam etsi inspecta dispositione iuris ciuilis in foro exteriori iudiciario, respectu institutionis hæredis, voluntas testatoris etiam nuda, aliter quam per septem testes non probetur: *l* Tamen quo ad alia non concernentia institutionẽ, (vt est licentia data de vendendo prædium pupillare,&c.) nuda (id est, non solennis) voluntas ex minus solenni voluntate probatur. *Ita d. §.24.num.11.cum seqq.l.fin.infr.reb.cor.l.in testamento.ibi Bart.infr.fideicom.libert.l.qui à patre versic.non iusto.iunct.gloss. quæ dicit, id est, non solenni.ibi Bald.de confirm.tut.* Et hæc est communis DD. sententia, quam eleganter explicat *Dom. de Mag. in d.part.1.c.5.per tot.& part.3. cap.2 num.18.Trentacinq.de substitutionib part.1.cap.10.num.15.* 443

l Hæc colligi possunt ex iis, quę DD. circa ampliationẽ 1.& 2. disputant.

Quinimo ex testamento minus solenni naturalis oritur obligatio, *m* quæ ius exceptionis atque retentionis parat, *l. militis codicillis.37.§.veteranus.infr.milit.testam.l.cum amplius.85. § is natura debet.infr.reg.iur.l.militis.5. C.relig.& sumpt.fun. Bart. in l.nemo. num.18.ibi Ias.in lect.num.75.76.& in repet.num.94. Ripa num 96.Bolong.num 81.& 89. infr.legat.1.gloss.Bart.& DD.in l.1. supr.cond. indeb. DD.in l.cum quis. C.de iur.& fact.ignor. DD.in l.non dubium. ibi Alex.num.2. magis communem dicit. C eod.tit.* Et hæc sententia quasi omnium calculo receptissima est, vt constat ex late traditis *per Couarru.d. c.cum esses.num.5.per Vasqu.de success.creat.lib.2.§.12.num.3.vers.secundo limita. Clar.§.testamentum quæst.90. Mant.de coniect. vlt.volunt.lib.2.tit.13.num.3.& tit.14.num.15.16. Graff.in tract.recept.sent.§.1.num.12.& omnium latissime Dom. de Magd.part.3.cap.2.* vbi quatuor rationibus hanc fulcit, & ad decem fundamenta aduersariorum latissime respondet.

m Hæc est solennis quæstio. Affirmatiuam probat *Domin. de Magdal. 4. fundamentis.*

I. Iure gentium valet testamẽtum coram minori numero testium conditum. Ergo ex tali dispositione oritur obligatio. Nam ius nihil frustra facit.

II. Vbi voluntas & consensus, ibi obligatio naturalis.*l.cũ amplius. §. is natura. infr.reg.iur.* Sed hæc adest in testamẽto ratione solennium imperfecto.

III. Bonum argumentum à Contractibus ad vltimas voluntates. At ex contractu minus solenni, valido tamen, propter consensum, oritur naturalis obligatio. Id quod in ulcis docet *Dom.de Magd part.3 c.2.num.21.*

IV. Vbi effectus, ibi causa. Sed ex dispositione non solenni, vbi tamen de voluntate constat, oriuntur effectus naturalis obligationis. *Dom.de Magd.loco relat.num.28.* estq; text. bonus in *d.§.veteranus.*

Nam licet *Dom.de Magd.* plures textus adducat: tamen illi parum facere videntur. Nam *d.l.in testamento.* loquitur in casu speciali, vt ibi per gloss.

Obligatio naturalis multipliciter consideratur: vna, quæ prouenit ex instinctu naturali, sed ad necessitatem reducta non est, vt est obligatio antidoralis, hæc solum impedit soluti repetitionem. Altera, quæ proficiscitur ex consensu iure gentium, hæc parat ius retentionis, compensationis, exceptionis. Priorem ex testamento nasci nemo negat: sed de posteriori quæritur. Communis DD. sententia est, quod & hæc inde nascatur. Proficit hæc naturalis æquitas ad excipiendum, non ad agendum.

Quæ DD. quo ad retentionem legatorum, *n* non quo ad hæreditatem intelligunt: quum legata ab intestato dentur. At hæreditas neq; dari, neque adimi potest, nisi testamento. Vt proinde naturalis obligatio hoc casu, vbi testamentum nullum est iure ciuili, in cõsideratione esse nequeat. *Clar.d.q.90.num.2.3.6. Domin.de Magdal.d.part.3.cap.3.num.2. cum seqq. Graff. d.§.1.num.13.14.*

n Relicta in minus solenni testamẽto, non debentur à venientibus ab intestato, nisi ab eis repetita fuerint, hoc est, adiecta clausula codicillari, aut iuramentum interueniat testamento. *Ioan.Guter.de vltimis voluntatibus. cap.secundo, num.1.2.*

Porro in foro conscientiæ non distinguitur hæreditas à legato: sed scriptus hæres hæreditatem licite retinet. Et si hæredes intestamentarii eam teneant, per denunciationem Euangelicam contra illos proceditur, vt hæreditatem illi, qui scriptus est, restituant: si videlicet ita probetur testatoris voluntas, vt inde constet legitimũ hęredem certam habere scientiam 444

de

de voluntate deliberata & sincera testatoris, & sic cum peccato bona retinere. Hanc dicit magis communem *Barthol. Romul. in leg. filiusfamilias. §: Diui. num. 238. infr. legat. 1. Constant. Roger. de legis potentia. vers. nunc videamus. num. 45. Mant. in d. tit. 14 per tot. Zunt. in responso pro vxore. num. 41. cum seqq. Graff. d. §. 1. num. 15. 16. & omnium latissime & amplissime Dom. de Magd. d. part. 3. c. 1. & 3. per tot.*

In conscientiæ foro spectatur veritas & conscientia.

Hinc infertur I. duos aduersarios in vna & eadem controuersia bonam causam fouere posse. puta, is, qui ex minus legitimo testamento hæreditatem obtinet, si exploratam habeat voluntatem testatoris, & de ea certus sit, recte in foro conscientiæ bona retinet. Quod si legitimus hæres ea bona possideat, ipse quoque recte possidebit: si iuxta leges conscientiam bene informatam habeat, & non sit conuictus in conscientia sua de intima, sincera, & enixa voluntate testatoris.

Hinc infertur II. etiam in casu denunciationis Euangelicæ duos bona causa niti posse, puta, institutus in minus legitimo testamento, si probet voluntatem testatoris, recte proceditur per denunciationem Euangelicam. Econtra licet talis probatio facta sit: si tamen hæres legitimus bonam conscientiam secundum leges informatam habeat, inanis est denunciatio. Et quæ in tali probatione necessaria, tradit *Domin. de Magd. d. c. 3. num. 54.*

Talibus ergo casibus locũ habet 1. exceptio, 2. denunciatio Euangelica, vbi summe notandum, impossibilem prope esse probationem: quum vterq; bonam conscientiam habere possit, vt declarat *Dom. de Magd. d. part. 3. c. 3. n. 54.* si scil. probabiliter dubitetur, vt *per Mant. d. tit. 14. n. 27. & Graff. d. §. 1. n. 16. vers. sed si cert.* 3. & qua cautela vtendum, si quilibet bonam habeat conscientiam, tradit *Dom. de Magd. d. c. 3. num. 56.*

Porro de conscientia videatur *Ias. in §. sed istæ. num. 100. cum mult. seqq. Institut. de action. & Ioann. Riuius in libris tribus de conscientia, editis Anno 41.*

445 Verum aliis visum est ex testamento minus solenni scriptum hæredem bona retinere non posse: & si ita possideat, hæredes legitimos non modo in foro exteriori, de quo nemo dubitat, sed etiam in foro conscientiæ hæreditatem auocare posse, quum leges ciuiles etiam ligent o in foro conscientiæ, si non sint peccati nutritiuæ. Ita post *Ias.* docet *Bolog. in d. l. nemo. num. 193. cum seqq.* dicens hanc communem. *Couarr. d. c. cum esses. num. 6. cum seqq.* & in hanc inclinat *Clar. d. q. 90. num. 5. Vasqu. de success. creat. lib. 1. § 2. n. 13. cum multis seqq.* ad quorum fundamenta respondet *Mant. d. tit. 14. & latissime Domin. de Magd. d. cap. 3.*

o Ego hanc probo, I. Propter authoritatem nostrarũ Ecclesiarum. Videatur Augustana confessio in *art. 17.* De rebus ciuilibus docet, quod legitimæ ordinationes ciuiles sint bona opera, & ordinationes Dei, sicut Paulus testatur: Quæ sunt potestates, à Deo ordinatæ sunt. Docent igitur, quod Christianis liceat magistratus gerere, exercere iudicia, iudicare res ex Imperatoriis & aliis præsentibus legibus. Et de abusibus, *tit. 7. de potestate Ecclesiastica.* Non sunt commiscendæ potestates Ecclesiastica & ciuilis. Ecclesiastica suum mandatum habet Euangelii docẽdi & administrandi sacramenta. Non irrumpat in alienum officium, non transferat regna mundi, non abroget leges magistratuum, non tollat legitimam obedientiam, nõ impediat iudicia de vllis ciuilibus ordinationibus aut contractibus, &c. sicut Christus docet: Regnum meum non est de hoc mundo. Ergo addo, legem magis esse dominam nostrorum bonorum, quam nos simus. Hinc dominium est facultas de re disponendi pro arbitrio, nisi quatenus quis lege prohibetur. II. Quia in materia denunciationis, probatio pene impossibilis. Solus enim Deus de conscientiis iudicat. III. Quia cautelæ, quæ per DD. in hac materia proponuntur, tales sunt, vt rixarum occasio, & de scholis iuridicis explodendæ sint.

446 XXIX. Limitat in testamento militis. p *Ita d. §. 24. num. 14. Benedict. d. verb. testamentum. el 1. num. 21. vers. nono fallit. Sim. de Prat. d. solut. 3. n. 12. Gail obser. pract. lib. 2. obseru. 18. num. 17. Mascard. d. conclus. 1352. num. 44.*

p Testamentum à milite in castris iure speciali factum, intra annum, à die missionis iure militari valet. *Zoannet. de Imperio Rom. n. 50.*

447 XXX. Limitat Vasq. q *§. 25. per tot.* Nam testamentum minus solenne saltem ex parte valet: quum actus, qui non valet, vt valere potest, valeat omni meliori modo, requisitis scilicet concurrentibus. Quod infra in vltima limitatione generali ad totam materiam circa finem huius tractationis (Deo volente) exponetur.

q Vasquius loco relato tractat regulam: quod codicillis hæreditas nõ detur: eam *num. 9. & seq.* 8. modis ampliat, & *num. 15. & seqq.* 6. modis limitat.

De fallentia 31. supra dixi, fallen. 4.

XXXII. Limitat, vbi iuramentum interuenit: Nam illud in vim clausulæ codicillaris, cæteris paribus, sustinebitur. habet enim vim clausulæ, omni meliori modo, & clausulæ, meliori modo, *per text. vnic. & singularem in l. cum pater. 89. § filius matrem. infr. de legat. 2. Ita Vasqu. d. lib. 3. §. 28. per tot. Molin. d. §. si quis ita. num. 84. cum seqq. Gabr. Roman. lib. 4. recept. conclus. tit. de testam. conclus. 5. per tot. Dom. de Magd. in d. tract. cap. 16. num. 125. Ioan. Guter. de vlt. vol. part. 2. cap. 2. per tot. vbi de sententia d. §. filius matrem latissime disserit.* ad quem textum etiam videantur vltra Alphanum & Martin. *Ant. Delr. in suis reportatis Dd. in d. §. si quis ita. ibi Bolognet. num. 164. idem l. 1. num. 73. C. de pact. Gouean. lib. 1. lect. cap. 1. nu. 10. Maurit. de restit. cap. 119. nu. 17. Gab. Rom. lib. 4. tit. de testam. conclus. 5. nu. 10. vers. septimo limita. Port. concl. 2. lib. 3. Mynsin. obser. 59. cent. 5. Mant. de conie. vlt. vol. lib. 1. tit. 9. num. 12. Grat. cons. 15. num. 12. lib. 1.* 448

XXXIII. limitatio Vasquii, quam ille proponit *§. 30. num. 50.* nihil ad nos pertinet. loquitur ille ibi de iure Regio.

XXXIV. limitatio non pertinet ad materiam nostram, sed ad materiam testamenti. explicat ille ibi materiam *l. omni modo. C. inoff. testam.* Hæc habet *in §. 30. num. 75. cum seqq.*

XXXIII. Limita in testamento condito in loco publico, coram populo, quemadmodum Aquilia Signoroli *r* de Homodæis vxor, peste affecta, quum testes habere domi non posset, extra domum sese asportari curauit in viam publicam, vbi testata fuit. *Ias. in l. fin. num. 4. C. de testam. Domin. de Magdal. d. part. 1. cap. 11. num. 30. & cap. 26. per tot.* s 449

r Signorolus de Homodæis Mediolanensis IC. floruit eodem tempore cũ Alberico de Rosat. Eum Aluarottus ad *titul. quis dicatur dux, in vsibus feud.* profundum famosumque Doctorem appellat.

s Regulariter testamentum non in publico, sed in domo & camera testatorum languentium secreto ordinatur. At tempore pestis, ad fenestram, ostium domus, vel in via publica fieri potest: dummodo testes testatorem videant & audiant: aliaque testamentorum substantialia obseruentur. *Hieron. Prasidell. de peste. sub rubr. de vltimis voluntatib. §. visum est igitur. num. 2. & seqq.*

XXXIV. limita. Nam si de testamento confecta scriptura cum solenni numero testium, & postea casu, puta incendio, &c. amissa sit, poterit testamentum probari *t* per duos testes, qui de tribus, videlicet, de actu, de scriptura, & de casu deponere debent. *arg. l. testium. 14. in fine. C. de testib. Benedict. d. verb. testamentum. num. 91. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 2. interpret. 2. dub. 2. solut. 2. num. 82. Mascard. d. conclus. 1352. num. 52. Domin. de Magdal. d. part. 1. cap. 28. per tot. Ludou. Lana de form. testam. num. 43. Prauidell. in tract. de peste vers. rursus num. 4.* 450

t Ratio decidendi: vt aliquid venit probandũ per scripturam, quæ casu fuit perdita, probato casu, actus ille & tenor probatur per duos testes. *l. testamentum. C. de testib.*

XXXV. notabiliter declara, si testamentum in publicam scripturam sit redactum. Nam tunc probatur absq; testium depositione. 451

Estque notandum testamentum non per testes modo, sed etiam per scripturam *u* probari. *Petr. Iacob. in sua praxi rubr. 100. num. 10. Sim. de Prat. d. so-*

u Solennis est quæstio, an testamentum etiam probetur per scripturam, id est, per instrumentum. Et obtinuit sententia affirmatiua, quod sic. Verum in hac materia sic est distinguendum:

Aut Notarius non est adhibitus actui testamentario: sed testator coram eo confitetur, quod fecerit testamentum coram septem testibus. Hoc casu instrumentum nil probat, etsi testator septem testes nominet, coram quibus testamentum fecerit. Vide *Imol. in l. haeredes palam in princ. num. 4. in fin. & Castr. num. 8. h. tit. n.*

Aut interfuit actui testamenti, & requisitus fuit, vt de eo faceret testamentum: & hoc casu, si instrumento suo addiderit illos septem testes cum suis qualitatibus, per instrumentum probatur testamentum, secundum omnes, qui ita docent contra Azonem.

Aut interfuit & requisitus est: sed ita instrumentum conficit, vt adscribat tantum duos testes, etsi septem adfuerint, puta, dicit: testatorem fecisse testamentum coram duobus nominatis in instrumento & aliis quinque. Hoc instrumentum non probat testamentum, secundum omnes. Nam verba instrumentorum, quod certi testes & alii plures adhibiti fuerint, nil operantur, si nomina non sint adscripta. *Angel. dict. l. haeredes palam. num. 4 5. Imol. num. 4.*

Sed quid si hæres velit adhibere illos quinque testes & tale instrumentum, an ita probare possit testamentum? Vide *Alberic. ibi. num. 4.*

Hoc tamen in confesso est, si de voluntate testatoris constet: quod solennitas per duos testes probetur, vt infra dico fallentia 37.

d.ſolut.2.num.1. Maſcar.d.concluſ.1352.num.13.cum ſeqq. Et quid obſeruandum illi ſit, qui per teſtes probare vult, docet *Ang. Aretin.in tract. de teſtam.gloſ. 5.num.5.& late proſequitur Sim.de Prat.d.ſolut.3.*

452 Ad probationem per ſcripturam quod attinet, conſtat teſtamentum probari per ſcripturam de eo confectã & legitime apertam, recognitam & publicatam, iuxta *l.2. & l. teſtamenta omnia.18. C.de teſt.& l.tabularum.2.in princip.quemad.teſtam.aperi. Alberic. de Roſat.in l.hæredes.num.2. h.tit.Rolandin. d.part.1.rubr.64.Vaſqu.de ſucceſſ.reſol.lib 2. §.17.per tot. Maſcard. d.concluſ.1352. Graſſ. §. teſtamentum.quæſt.61.* Teſtamentum enim ſolenne ſcriptum manu priuata *x* & ſigillatum atque ſubſcriptum ſecundum formam *l. hac conſultiſſima. C. de teſtam.* manet priuata ſcriptura, nec fidem facit ante publicationem. *Ita Bart.in d. l. tabularum. in princip. num 1. Duaren.* y *hic rubr.de effectu ſolennitatis ſeruatæ. verſic. publicare teſtamentum. & inf. ſub tit. quemad. teſt.aper. rubr. de fine huius extraordinariæ perſecutionis*

x Aliud, ſi ſit conditum in ſcriptis, & ſit ſcriptum m[illegible] Notarii. *La[illegible] num.2. C.eod.* y Duaren. [illegible] quæ [illegible] teſtamentum publicare [illegible] teſtamento ſcripto a[illegible] nu teſtatoris, quomodo probetur, ſi teſtes deficiant *Caſtren. in l ad teſtium. §. conditionem. nu. 6. h.tit.n.*

453 Ergo ſi vnus ex teſtibus ante publicationem moreretur, teſtamentum concideret. *Bart. d.l. tabularum. num.1. ibi Ioan.de Imol.num.3.Bologn.in d.leg. nemo. num.193. 194. Dilect. de arte teſtandi. tit 2. caut.1. num. 2. Sim.de Prat.d.ſolut.2.num 10.11.12.Graſſ.§.teſtamentum.quæſt.81.* Quæ communis DD. ſententia eſt. *Vigl. §. ſed cum aliquis.num.9. Inſtitut.de teſtament.* Id enim, quod dicimus, ſeptem teſtes in teſtamento requiri, eum ſenſum habet, quod per illum numerum teſtamentum ſit probandum. *Maſcard.d.d.concluſ.1352. num.55.* Quum teſtamentum regulariter factum non præſumatur. *Maſcard. d. concluſ.1352.* Idemque eſſet, ſi publicatio non legitime fieret, non citatis videlicet iis, quorum intereſt, vt in cauſa quadam acccidiſſe ſcribit *poſt Iaſ. Bologn.d.l.nemo.num.193. Graſſ §. teſtamentum. q. 61.num.2.* Etſi autem aliquibus viſum ſit, teſtamenta ſolennia haudquaquam concidere, etſi vnus ex teſtibus ante publicationem mortuus ſit: cum vel per ſubſcriptiones ſubſignationumq; comparationem de voluntate teſtatoris certi eſſe poſſimus. *Duar. hic ſub rubr. de teſtibus in teſtam.idoneis.verſ.ſcio quoſdam exiſtimare. Idem ſub tit.infr. quemad teſtam.aper.rubr.de officio prætoris in hoc iudicio. verſ.poſtquam perſpexit & Vigl. loco præc. Hotom.conſ.53.n. 8.* quorſum & lex Octauii Cæſaris ſpectat, relata à Valétino Forſtero, *in hiſtoria iuris, ſub ſeptima*

454 *mutatione reip.tit.ll.ab Octauio Cæſare latæ.verſ.3.caput,vt teſtes.* Tamẽ pro euitandis omnib.difficultatibus, hanc cautelã DD.tradunt, ζ vt in teſtamento nuncupatiuo rogetur Notarius de tota voluntate & præſentia ſepté teſtium, qui inſtruméto vltra alia ſolennia teſtes ſeptem cum ſuis qualitatibus adſcribat. In teſtamento autem ſolenni requirendus eſt Notarius, vt ſuper teſtatoris profeſſione, ꝙ teſtamentũ ſuum eſſe dixerit, & ſuper teſtiũ præſentia, ſubſignatione & ſubſcriptione inſtrumentum conficiat. Hiſce enim caſib. per ſolam publicam ſcripturam teſtamẽtum probabitur abſq; teſtium depoſitione. Ita contra Azonem antiqui, puta, *Ioann.* a *Hugol.*

ζ Perpetuo nota, teſtatorem tribus modis teſtamẽtum ſuum in publicam formam deducere poſſe, vt poſt mortem publicatione opus non ſit. 1. Si teſtamẽtum fiat apud acta. 2. Quando adhibetur Notarius eo modo, vt hic dicitur. 3. Quando quis coram principe teſtamentum facit. Vide Baldum *in l.omnium num.5.ibi Ang.n.2.C.eod.tit.*

a Ratio pro Ioanne: quia vbi requiruntur quinq; teſtes, ſufficit inſtrumentum, ſi habeat tot teſtes: & ſic inſtrumentum habet vim tot teſtium, quot ſunt ibi deſcripti. *l fin.C. ſi cert pet.l.teſtium.C de teſtib Bald d.l.hæredes palam num.3.* Hæc quæſtio fuit diſputata inter Ioannem & Azonem. Vide *Bart.in l hæredes palam.num 3. h.tit.n* vbi rationem Azonis confutat. Per ſcripturam legitime publicatam teſtamentum probatur, ſecundum omnes DD. nemine refragante. Eſt materia *l.2.C.h.tit.* Sed per publicam non, ſecundum Azonem, id eſt, de ſtricto iure, vt ſcribit Salyc.*d. l.2 num.1.* ſed bene de conſuetudine. Contendunt autem pleriq; hanc de iure quoq; veriorem. Probatur, inquam, hoc caſu teſtamentum per ſcripturam abſq; teſtium depoſitione: Dummodo 1. Notarius de inſtrumento rogatus, *Mantic.lib.2 tit.12.num.3.* 2. & ſcriptura inſtrumenti teſtibus atque teſtatori relecta & publicata ſit. *Maſcard.de probat. libr.3. concluſ. 1352. num.74. & ſeqq.* idem dixi *ſupr.num.404.* Hæc publicatio teſtatori & teſtibus facta efficit, vt teſtium examine opus non ſit. Vbi autem teſtamentum nuncupatiuum ab initio non eſt in ſcripturam redactum, poſtea redigi poteſt teſtibus examinatis & publicatis. *Mant.lib.1.tit.6.num.7.*

Placent. Martin. senſere quorum ſententiam probat *gloſ. ſolennis in l. fin. verb. oſtenditur. ibi Bart. num. 4. Bald. num. 15. & alii C. fideicom. DD. in l. 1. ibi Bart. numer. 2. Bald. num. 15. Caſtrenſ. num. 9. Alex. ante num. 7. C. de teſtament. DD. in l. omnium. ibi Bald. num. 4. C. eod. tit. Bart. in l. hæredes palam num. 3. cum ſequentib. Bald. num. 3.* dicens opinionem Ioannis veriorem, *Angel. num. 4.* qui ait, hanc ſeruari per totum mundum: *Alberic.* qui teſtatur, ſe ſemper vidiſſe ita ſeruari: *Caſtrenſ. num. 9. h. tit. n. Bart. d. l. tabularum. nu. 1.* dicens hanc ſententiam conſuetudine receptam, *ibi Imola num. 3.* qui formam Notario, quo ad teſtamentum ſolenne præſcribit. *Angel. Aretin. in tract. de teſtament. gloſſ. 5. num. 5. Bologn. d. l. nemo. num. 194. 195. Petr. Iacob. in ſua praxi d. rubr. 100. nu. 10. Dilect. de arte teſtandi. tit. 2. caut. 1. per tot.* vbi aliam etiam cautelam proponit. *Mantic. lib. 1. tit. 6. num. 6. idem egregie lib. 2. tit. 12. num. 1. 2. 3. & ſeqq.* vbi addit ad hoc vt inſtrumentum faciat publicam fidem, requiri notarium fuiſſe rogatum: & pluribus docet quando rogatus præſumatur. *Maſcard. de probat. lib. 3. concluſ. 1352. num. 59. verſ. ſecundo. Sim. de Præt. d. ſolut. 2. nu. 13. 14. Dom. de Magd. d. part. 1. cap. 29. per tot. vbi plures DD. refert.*

XXXVI. Limita in voluntate declaratoria. *l. hæredes palam. § ſi quid* 455
poſt. ibi Bart. num. 4. Alberic. num. 3. Caſtr. num. 11. 12. 13. & reliqui h. tit. n. Duaren. hic ſub rubr. de nuncupatiuo teſtamento. verſic. præterea in teſtamento faciendo per nuncupationem. Sim. de Præt. d. ſol. 3. nu. 39. Dom. de Magd. d. part. 1. c. 30 per tot.

XXXVII. Limita, quando nulla de voluntate, ſed de ſolennitate 456
tantum quæſtio eſt. Vbi enim teſtamentum conditum eſſe non negatur, ſed tantum de aliqua qualitate dubitatur, puta, an teſtes ſint rogati, an teſtator reliquerit iure inſtitutionis, vel legati, duo teſtes ſufficiunt. *DD. d. l. hæredes palam. ibi Bart. nu. 5. & 6. Bald. num. 4. Caſtr. num. 8. per text. ibi in § ſed etſi notam. h. tit. n. Sim. de Præt. d. ſolut. 3. num. 31. Maſcard. d. concluſ. 1352. num. 51. Dom. de Magd. d. part. 1. cap. 31. per tot. Idem cap. 15. nu. 13. Mich. Vlcurun. de regim. mundi, quæſt. 3. princ. num. 19. adde hiſce caſum l. in tempus 62. § fin. inſ. hæred. inſtit. de quo ſupra num. 327.*

XXXVIII. fallit in teſtamento cœci, in quo octo teſtes neceſſarii. *Bened. d. verb. teſtamentum. el 1. num. 11. verſ. primo fallit. l. hac conſultiſſima. C. qui teſtam. fac. poſſ.*

XXXIX. fallit. Nam in teſtamento ſolenni, ſi teſtator ſcribere ne- 457
ſciat, octo teſtes ſunt neceſſarii. *l. hac conſultiſſima. C. h. tit. n.*

XL. & vltimo fallit in teſtamento facto à Chriſtiano apud Turcas, vel 458
Sarracenos, &c. Nam illud valet coram duobus teſtibus. Tum (1) quod ibi præſumatur vigere ius gentium, ſecundum cuius meros terminos teſtamentum confectum ſubſiſtere poteſt: vt conſuluit Baldus, in teſtamento mercatoris de Ancona, cõfecto in terris Soldani. *B. Stracha de nauigatione num. 26. Cæpol. de ſeruit. ruſt. præd. cap. 28. num. 5.* b *Mar. de Suſ. de Iudæis cap. 4. num. 10.* Tum (2) quod & hoſtes populi Romani, ſua iura, ſtatuta, & conſuetudines habeant: neque abſonum ſit dicere, quod ſufficiat teſtamentum conditum ſecundum ius illius loci: *Ioan. de Imola leg. qui à latronibus. num. 3. hoc tit.* quum in teſtamentis ſpectetur loci c conſuetudo, & eiuſmodi

b Cæpolla ibi etiã quærit, an teſtamẽtum factum in portu ciuitatis Soldani, dicatur factum in terris Soldani. *Vide Mar. de Suſ. d. q. 4. num. 10.*

c Teſtamentum factum ſecundũ conſuetudinẽ loci, vide *ſupr. fallent.* 3. Vtrum autem priuilegium vel conſuetudo loci ciuibus tantum, an vero extraneis quoque proſit, vide *Bald. in dict. leg. ſi non ſpeciali. num. 2. Caſtrenſ. num. 3. Alexandr. num. 4. Angel. Aretin. in tractat. de teſtament. gloſſ. 6. num. 2. 5. 6.* vbi de ſolennitate agitur, locus diſpoſitionis: vbi quæritur de effectu & iuribus, locus domicilii attenditur. *Bald in d. l. ſi non ſpeciali. num. 3. 4. Molin. conſ. 31. num. 19. 20. Modeſt. Piſtor. d. conſ. 31. num. 47. lib. 1.* Ita vbi agitur de ſucceſſ. ab inteſtato, inſpicimus locum domicilii. Cuius autem loci ius ſpectetur in ſucceſſione ab inteſtato, quando defunctus bona in diuerſis territoriis reliquit, tradit *Modeſtin. Piſtor. d. conſ. 31. q. 4. & 5. lib. 1.* Ita quo ad exactionem dotis, inſpicimus domicilium mariti. *Graſſ. §. ſucceſſio ab inteſtato. qu. 36. per tot.* Porro de loco, in quo teſtamenta fiunt, plura tradit *Dn. Hotom. conſ. 52. per totum.*

modi testamenta secundum loci consuetudinem facta, extenduntur etiam ad bona extra territorium. *Bart. in l. si non speciali. num. 2. Castrens. num. 3. Alex. num. 4. C de testam. Ias. in l. 1. C. de summ. trinit. & fid. cathol. Euerh. in loco de tanquam, illat. 18. vers. item cape aliud exemplum*, vbi hanc communem dicit. *Sim. de Prat. d. solut. 2. num. 50. 51. d. solut. 3. num. 30.* ad cuius dicta addatur *Molin. cons. 31. nu. 19. Duaren. hic sub rubr. de effectu solennitatis non seruatæ. vers. sexta exceptio. Gabr. Roman. lib. 4. recept. conclus. tit. de testam. conclus. 4. Modestin. Pistor. cons. 31. q. 4. num. 47. lib. 1.* d *Pecc. de testam. coniugum lib. 4. cap. 11. per tot. vbi docet, qua ratione locus testamenti conditi spectetur.*

d De hac materia consulantur: Bartolus & DD. *in leg. qui à latronibus. hoc tit. DD. in dict. l. si non speciali. & l. fin. C. eod. DD. in l. 1. C. summa Trinit. & fide catholic. & plures alii relati per Ben. Stracham. in tract. de nauigat. num. 26.* Tu autem obserua hanc theoricam, (quod in testamentis spectetur ius loci, adeo, vt forenses, secundum illud testari possint,) sic commode, per conciliationem interpretum exponi posse.

Aut versamur in solo Romano: & certum est, forensem quoque secundum ius loci testari posse. *Bartol. d. l. qui à latronibus. ibi DD.* quia forensis cum ciuibus loci habet participium, in genere saltem: *Angel. Aretin in tract. de testament. gloss. 6. num. 6. ad fin.* vbi tamen subdistinguendum, vt ex *Bart. notat Angel. ibidem num. 2. & gloss. 100. num.* 1. Ita si mercator Pergamensis Venetiis infirmatus testamentum coram duobus testibus iuxta statutum Venetum conficiat, testamentum valebit. *Alber. de Roz. in tract. statut. libr.* 1.

Aut sumus extra solum Romanum, apud hostes: Et siquidem testator iuxta puros iuris gentium terminos testatus sit, testamentum valebit: quia cum hostibus quoque, ad ius gentium quod attinet, participium habemus. Ita procedit doctrina Baldi *l. 2. num. 1. C. quemadmodum testam. aper.*

Aut testator voluit iuxta peculiarem loci illius consuetudinem testari: & testamentum non valebit. *Ita Bartol. d. l. qui à latronibus. Bald. d. l. 2. num 1. & hanc reprobat Ang. Aretin. probata Ioannis Imolensis contraria opinione, loco relato. num. 6.* Eam ob causam, quod ciuis Romanus cum hostibus Sacri Romani Imperii, quo ad iura illorum & consuetudines, nullum habeat participium. *sequitur Mar. de Suf. dict. q. 4. num.* 10.

Bartolus vult, ciuem Romanum apud hostes constitutum, non secundum ius illius loci, sed iure Romano, testamentum conficere debere.

Alii ad iuris participium respectantes, distinguunt. Quod autem Ang. scribit, nullum cum hostibus Imperii iuris participium nobis esse: indistincte, vt ille voluit, recipi non potest. Et hac ratione dextre explicata, forsan difficile non foret, Imolæ præcitatam sententiam tueri. De quo alii cogitabunt.

SEXTVM SVBSTANTIALE.

459 Sexto requiritur causa finalis, vt testator habeat hunc finem sibi propositum, quod voluntas ipsius post mortem demum effectum habere debeat. Nam deficiente hac intentione, dispositio pro vltima voluntate non habetur: sed actus inter viuos inducitur, etsi disponens in articulo mortis versaretur. *l. Seia. 41. §. fin. infr. donat. caus. mort. l. fin. C de pact. l. 1. h. tit. Bologn. ad rubr. num. 7. infr. lib. & posthum. Idem in d. l. nemo. num. 4. vers. sextum substantiale.*

Vsus testamentorũ est introductus, vt erga benemeritos possimus nos præbere gratos. *l. nec adiecit. supr. pro Socio Corras. d. tur. in ord. redig. c. 25. ad fin.*

460 Septimo: vltra hæc substantialia requiritur pro substantia confirmatoria mors testatoris. *l. 1. ibi Bald. num. 2. vers. quarta perfectio. Castr. num. 4. h. tit. Castr. Auth. ex causa. num. 8. C. liber. præter. Bolog. d. l. nemo. num. 7. latissime Benedict. verb. mortuo itaque testatore. num. 30. cum seqq. vsque ad 326. Dominic. de Magd. d. part. 3. cap. 2. num. 54.*

461 Octavo: requiritur hæreditatis e aditio, sine qua testamentum non potest habere executionem. *l. si nemo. 9. supr. testam. tut. l. 3. infr. legat. 1. l. eam quam. 14. ibi gloss. & DD. limitant. C. fideicom. Bolog. d. l. nemo. num. 7. Ang. in tract. de test. gloss. 111. & gloss. 113. Bened. loco relato. num. 326. & num. 330. cum mult. seqq.* vbi omnia aditionis requisita recenset. *Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib. 5. interpr. 1. dub. 3. num. 3. cum multis seqq.* vbi de aditione hæreditatis amplissime disserit. *Dom. de Magd. d. part. 1. cap. 17. num. 13. 14.*

e Ante omnia vide glossam & DD. *in l. eam quam. C. fideicomm.*

462 Hoc requisitum declara I. vt tantum procedat in hærede voluntario, non in suo, aut necessario *Bened. verb. mortuo itaq. testatore. el 2. num. 1. & seqq.*

Declara II. legata libertatum & alia legata pia conseruantur, etiam hæreditate non adita. *Tiraquel. de priuileg. piæ causæ. priuileg. 33. Conarru. late in cap. Raynald. § 3. num. 11. de testament. Domin. de Magd. d. part. 2. cap. 3. nu. 29. cum multis seqq.*

Declara III. per textum §. *si vero expressim. in Auth. de hæred. & Falcid. & Auth. sed cum testator. C. ad l. Falcid.* Nam si testator prohibet detrahere Falcidiam, & per hoc hæres adire noluerit, nihilominus testamentum valet, & legata debebuntur. Nam textus *d. §. si vero expressim.* clare voluit, quod, hærede non adeunte, locus fiat personis ibi enumeratis, ad quas transeat hæreditas cum onere legatorum. Et hæc est sententia *Iacobi de Beluiso in d. §. si vero expressim. in 21. oppositione. & Bart. in l. 1. in princip. infr. si quis omiss. caus. testament. & in l. 1. versic. quarto quæro. C. SS. Eccles.* Quam communem *Ias. in d. l. nemo. num. 23. 24.* magis communem & veram dixit *Alex. ibid. num. 40.* qui tamen hoc requirit, vt per alias personas ibi enumeratas hæreditas adeatur.

Declara IV. Nam licet hæreditas non adita de iure ciuili, aut bonorum possessio non agnita, iure prætorio ad hæredem non transmittatur: 463 *l. si ex pluribus. 9. in fin. infr. suis & legit. hæred. l. quoniam sororem. 7. C. iure deliber. l. si infanti. 18. versic. sin vero. eod. tit. l. vnic. § in nouissimo. C. caduc. toll.* Ad quam theoricam sex decidendi rationes proponit *Gomez. tom. 1. cap. 9. num. 1. cum sequentib.* Tamen ex potentia suitatis, *l. in suis. 11. infr. liber. & posthum.* deinde ratione sanguinis, *l. vnic. C. his qui ant. apert. tab. hæred. transmit.* & beneficio *l. cum antiquioribus. 19. C. iure deliber.* etiam hæreditas non adita transmittatur. Qua de re agunt *Bart. in l. ventre. infr. acquir. hæred. late Benedict. d. verb. mortuo itaque testatore el 2. num 101. cum plurimis sequentib. Vasqu. de success. progress. lib. 1. § 6. cum omnibus aliis sequentib. §§. vsque ad finem illius libri. Pyrrhus in tract. de suitate. Gomez. d. cap. 9. per tot. Petr. Greg. in syntagm. iur. lib. 46. cap. 2. num. 15. cum seqq.*

Ampla est hæc materia, requirens peculiarem tractatum. Regula est, vt dixi, hæreditatem non aditam non transmitti. Rationes decidendi habet *Gomez. Vasq.* has tractat quæstiones: 1. Quid sit. 2. Quotuplex. 3. Quo iure. 4. Quo fine fuerit introducta.

I. Transmissio est successionis prorogatio eiusdem iuris, formæ & naturæ, ita vt ius & potestas, quam habet is, cui primum successio delata fuit, migret in eum, cui, vel in quem transmittitur.

II. DD. communiter triplicem faciunt. Sed *Bened. & post eum Petr. Greg.* latius distinguunt. Dicunt, transmissionem esse triplicem: 1. naturæ, quæ transfert ea, quæ naturæ, sanguini & generi adhærent, vt est nobilitas. Ea enim transit in posteros. 2. est conuentionalis, quæ ex virtute pacti quæsitũ, natura conuentionis transfert ius in successores quærentis. 3. est legalis. Et hæc est triplex, ad nostram materiam pertinens:

1. Transmissio fit beneficio suitatis:
2. Ratione sanguinis:
3. Ratione deliberandi.

III. Est introducta transmissio iure ciuili.

IV. Est introducta fauore 1. eius, qui primo loco ad successionem inuitatur. 2. eius etiam, de cuius successione agitur, quo magis eius voluntas præsumpta & verosimilis teneatur.

Declara V. Nam si quis omissa caussa testamenti ab intestato hæreditatem possidet, vt nulli legata aut fideicommissa soluat: Prætor æquitate suadente, contra eiusmodi hæredem, actionem in factum ex edicto, si quis omissa caussa testamenti, dare solet, perinde ac si hæreditas ex testamento adita fuisset, *tot. t. infr. si quis omiss. caus. testam. Baptist. de S. Blasio. de act. & eius natura cent. 2. action. 125. num. 25.*

NATVRALIA: ACCIDENTALIA:
Effecta Testamenti.

Quemadmodum accidentalia dicuntur in contractibus, quæcunque 464 pacta

pacta voluntaria: ita in nostra hac materia ad accidentalia referimus legata. f *gl.1. in fin. in l. hæredes palam. in princ. ibi Bart. num. 6. h. tit. n.* etsi *Bolog.* ea naturalibus accenseat: *adde Dd. ordinarie ad rubr. infr. de legat. 2. Graff. in lib. recept. sentent. §. legatum. q. 2.* tutelæ dationes, clausulam codicillarem, vsumfructum in testamento relictum, conditiones adiectas, g sepulturæ electionem, & alia, quæ salua testamenti substantia, adesse & abesse possunt: *Bolog. in d. l. nemo. num. 9. & num. 100.* vt sunt testatorum præcepta, & ordinationes. de quibus, an & quando valeant, differunt latissime omnes DD. *in d. l. nemo.* vbi præ cæteris notanda doctrina *Castrens. num. 11. DD. in l. filiusfam. 114. §. Diui. ibi latissime Barthol. Romulaus. infr. legat. 1. Roland. de testament. rubr. 29. cum seqq. Vasq.* h *de success. creat. lib. 1. §. 3. cum omnib. seqq. per tot. Graff. d. §. testamentum. q. 62. vsque 76.*

f Sine legatis testamentum valet, neque ea tacite testamento insunt, nisi addantur. *l. 1. §. ... neq. legatarius. inf. ... red. instit.*

g De sepulturæ electione & intellectu *c. 1. de sepult. in 6.* late differit *Io. Guter. de vlt. vol. part. 2. cap. 4.*

h In lib. 1. differit ille de potestate testatoris, quæ est materia *d. l. nemo.*

465 Quando testatorum præcepta valeant, vel non, DD. distinctione explicant. Secernunt enim substantialia à naturalibus & accidentalibus. Substantialia dicunt, illum immutare non posse: sed bene naturalia. Verum & hic distinctio adhibenda inter naturalia, vt monet *Zas. in lib. 1. sing. respons. c. 12.* *Castrensis* autem paucis verbis hæc pertractat. Vide eum.

Et maxime huc pertinent constitutiones executorum: omitti enim à testatore possunt: *Corn. cons. 76. num. 12. lib. 4.* Quum executore non ordinato, hæredi competat executio, & eo cessante, aliis, vt explicant *Panorm. in c. si hæredes. de testament. Rolandin. de testam. rubr. 40. per tot. Iacob. à Canib. & Ioan. Oldendorp. in suis tract. de executor. Ang. in tract. de testam. gloss. 97. Achill. Person. de interdict. quorum bonorum num. 518.* vbi hæredem vniuersalem testamentarium instruit, quomodo sese gerere debeat. *Ioan. Fr. Paui. de visit. q. 5. 2. part. nu. 89. Vergin. de Bocat. de iure ciuili Rom. c. 3. nu. 7. Vasq. de success. resolut. lib. 2. §. 18. nu. 110. vsq. ad fin. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 3. tit. 1. nu. 22. lib. 4. tit. 3. num. 34. eleganter Petr. Greg. in syntag. iur. lib. 42. cap. 36. num. 6. vsque ad fin. latissime Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 5. interp. 1. dub. 2. & 3.* Et de hac materia textus sunt *in c. 3. d. c. si hæred. 6. c. tua nobis. 17. & c. pen. de testam. in antiq. c. fin. de testam. in 6. & Clem. vnic. eod. tit. l. nulli. 28. & Auth. licet. C. Episc. & Cleric. § si quis autem pro redemptione captiuorum. in Auth. de Eccles. tit. Auth. hoc amplius. C. fideicom. quibus adde not. supr. num. 38. cum seqq.*

De arbitrio testamentario *Ioan. Baptist. de arbitris. c. 18.*

466 Materia hæc commodissime hisce quæstionibus explicatur: 1. Quid sit executor: 2. Quotuplex sit. Oldendorpius putat, in testamentarios & legitimos recte diuidi executores. Iacobus à Canibus executores esse in triplici differentia contendit: aut testamentarios videlicet, aut legitimos, aut datiuos. 3. Qui dari possint. 4. Quo ordine exequantur. Panormitanus recitat distinctionem *in d. cap. si hæredes.* Aut testator, inquit, eligit sibi executores, & ad illos omnino pertinet executio, etiam quoad legata pia: Aut non reliquit executorem, & in relictis pro redemptione captiuorum, & pro eleemosyna pauperum succedit Episcopus, in aliis relictis hæres etiam piis. Si vero hæres monitus non fecerit officium, quid tunc obseruandum sit, *Panorm. ibi & Roland. atq. aliis locis præcit. Sim. de Prat.* tamen *d. lib. 5. interpr. 1. dub. 2. nu. 2. & 3.* indicat primo executionem ad hæredem, deinde ad executorem datum pertinere. 5. Quid obseruandum, si illi, qui executores sunt, non exequantur.

Veniemus nunc ad naturalia. Sed quum naturalia pacto immutentur, quorsum & regula illa collimat: Quod contractus ex conuentione legem habeant: hinc quæritur: quæ inter accidentalia & naturalia contractuum differentia sit? Respondeo I. Naturalia quædam plane esse immutabilia, vt docet *Zas. lib. 1. singul. respons. c. 12* II. Naturalia semper tacite actui insunt, nisi pacto immutentur.

Naturæ autem & naturalium vox tribus modis vsurpatur, vt *Aristotel. in 4. Metaphys. c. 4.* & post eum *Hieronym. Zanch. de natura DEI lib. 2. cap. 1. q. 1.* tradit. PRIMO capitur pro generatione, quæ significatio nihil huc pertinet. SECVNDO pro principiis intrin-

intrinsecis cuiusque rei, tam pro materia, quam pro forma: ex quibus & constant res naturales, & cuiusq; rei fit generatio, maxime vero pro forma, per quam vnumquodque est, quod est: quum vnaquæque res habeat esse per formam. Hinc fit, vt cuiusque essentia nomine naturæ significetur. Quid enim aliud est humana natura quam ipsa humanitas? Ita substantialia contractuum & testamentorum etiam dicuntur naturalia. textus est *in l. iurisgentium. §. idem responsum. ibi, extra naturam contractus. supr. pactis.* Quæ verba extra naturam, exponit *Accurs.* extra substantiam: sequitur *Cuiac. libr. 2. obseruat. c. 15.* TERTIO, Quia cuiusque rei essentia principium est, & causa omnis in ea re motus & naturalium qualitatum, idcirco nomine naturæ significantur etiam naturales qualitates, quibus vnaquæque res naturaliter talis esse dicitur. Ita frigiditas & humiditas in aqua qualitates sunt naturales, vnde eam dicimus frigidam & humidam. Ita naturalia contractuum dicimus, id est, naturales qualitates. Est autem vulgata iuris regula: Quod naturalia pactis tollantur, non substantialia. Ita tradunt omnes *in d. l. nemo. Zas. lib. 1. singul. respons. c. 12.*

Hæc res distinctione explicanda est, quam tradit *Zas. loco relato.* vbi naturalia distinguit in naturalia intrinseca & inseparata, & in naturalia extrinseca seu ascititia. Quemadmodum enim in rebus naturalibus, consuetudinem alteram naturam dicimus: ita idem est in actibus ciuilibus, vt quædam naturalia dicantur, quod assiduo actibus accedant. Quia assidua est (inquit IC. *in l. quod si nolit. 31. § quia assidua. sup. adilit. edict.*) duplę stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi, si de dupla venditor mancipii non cauerat. Ea enim, quæ sunt moris & consuetudinis in bonæ fidei iudiciis debent venire. Hinc dicimus ea, quæ communiter in actibus hominum intercedere solent, vi styli addita intelligi, etsi addita non sint.

Hinc ille dicit, in contractibus pacto fieri non posse, vt ex emptione dominium non transeat. *l. cum manu sata. §. fin. supr. contrah. empt.* Ita in deposito conueniri non potest, vt rei depositæ dominium in depositarium transeat. *l. Lucius. supr. depositi.* At bene pacto fieri potest, ne præstetur euictio: quum sit ascititium & externum naturale. Ita quæ de lata, leui, leuissima culpa in contractibus disputantur, pacto mutari possunt.

Addit ille ibi: Eget tamen hæc res ingenio & quidem instructo, ne substantialia cum naturalibus inseparatis, quod superioribus annis quidam ex Doctoribus fecit, misceantur.

Arbitror autem maioris perspicuitatis gratia, naturalia sic diuidi posse, vt quædam dicantur intrinseca, quæ immediate à substantialibus actuum dependent, & iis inseparabiliter cohærent: vt, quod in emptione & venditione dominium, aut vsucapiendi conditio transit: Quod ex testamento oritur repræsentatio, &c. Quædam extrinseca, eaque aut ascititia, quæ vi styli habentur pro naturalibus, aut non ascititia, vt, quod in contractibus culpa lata, leuis, leuissima diuersimode præstatur, &c.

Naturalia sunt actuum humanorum naturales habitudines, quæ ex actibus vel contractibus concomitanter dependent, ex eisque consistunt, 467 non vero contractus aut actus ex ipsis: vsq; adeo, vt tacite sine vlla vel dispositione, vel partium conuentione actui insint. *Zas. lib. 1. singul. respons. cap. 12. Bologn. d. l. nemo. num. 8.* Hæc autem vel separabilia sunt, tam ascititia scilicet, quæ vi styli, quam non ascititia, quæ aliter actibus insunt: vel inseparabilia, quæ immediate ex actuum substantia dependent, & ex iis inseparabiliter consistunt, *Zas. loco relato.*

Naturalia testamentorum sunt: I. Repræsentatio testatoris & surrogatio in ius defuncti. 468 Testator enim omnia sua iura in hæredem confert. i Hæres autem adeundo, voluntatem testatoris amplectitur, & illi substituitur. Hic est quasi contractus innominatus: do, vt facias, k *gl. in l. his consequenter. 18. §. sed & cum monumentum. verb. præscriptis verbis. sup. famil. hercisc. Ias.*

i Quemadmodum olim fiebat imaginaria venditio: ita & successio hæc quasi contractus vicem obtinet. Dat testator, facit hæres, id est, recipit, se testatorem repræsentaturum, & omnia, quæ ordinarit, facturum.

k Ait glossa, inter testatorem & hæredem esse illum contractum: Do, vt facias. Sed hoc corrigit, dicens, non contractum, sed quasi contractum esse, *per l. verba. 20. infr. verb. signif.* verba Contraxerunt, Gesserunt, non pertinent ad ius testandi. Reuera enim diuersa sunt contractus & vltimæ voluntates. Quidam tamen enumerant testamentum inter contractus, *vide Ias. in l. testamentum non ideo. num. 1. C. eod. tit.*

Iaſ. in d. l. nemo. num. 20. in repetit. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 5 interpret. 1. dub. 3. num. 12. cum ſeqq. Petr. Greg. d. lib. 42. cap. 32. num. 17. & cap. 33. nu. 12. vigore eiuis omnia iura, obligationes & actiones, actiue & paſſiue in ipſum transfunduntur, *tot. tit. C. vt act. ab hæred. & cont. hæred. incip.* Obligatur ergo hæres creditoribus hæreditariis, non quod cum illis quaſi contraxiſſe exiſtimetur, vt *Iaſ. loco præcit. n. 19. & Sim. de Prat. d. dub. 3. num. 14.* atq; DD. communiter exiſtimarunt. Id enim ſi ita eſſet, hæres à creditoribus procul dubio actione *l* ex teſtamento conueniretur: quod nullibi iura tradunt: & creditores illius fidem agnoſcere cogerentur: quod tamẽ perpetuum non eſt, *m tot. tit ff. & C. de ſeparat.* Sed quod in locum teſtatoris ſit ſubſtitutus. quo nomine omnia iura in illum tranſeunt. Ita recte declarat *Bart. in l. de eo. ſup. de indic. Bolog. d. l. nemo. nu 70. Vaſq. de ſuc. creat. in præfat. nu. 27.*

Vide ſupr. num. 4.

l Vbi contractus vel quaſi, ibi obligatio, vbi obligatio, ibi actio.

m In C. tit. eſt de bon. *Auth. iud. poſſid. ſeu venund. & de ſeparat. bonor.*

Magna eſt differentia inter legatarios & creditores. Cum creditoribus non intelligitur quaſi contrahere hæres: quia vbi quaſi contractus eſſet, ibi naſceretur obligatio, vbi obligatio, ibi actio eſſet ex teſtamento. At hæc omnia forent ocioſa. Natura & ars nil fruſtra faciunt. Creditorum iura & obligationes iam ſunt cum defuncto contracta. ea in hæredem traſfundi ſatis eſt. Ita transfuſio fit per illum quaſi contractum, qui initur inter teſtatorem & hæredem. Satis eſt inter illos eſſe contractum. Satis eſt creditoribus iura defuncti in illum eſſe transfuſa, quod iura clare dicunt. At in legatariis res aliter ſeſe habet. Illis neque defunctus fuit obligatus, neque hæres obſtrictus eſt ſine aditione. At ſi adierit hæres, ex quaſi contractu illis obligatur. Hinc apparet, quanta ſit inter creditores & legatarium diuerſitas.

469 II. Naturale eſt, productio effectuum. Nam quum teſtamentum & de modis ſit, quibus res per vniuerſitatem acquiruntur: n *§. fin. Inſtit. per quas perſ. nob. acquir. Sim. de Prat. d. dub. 3. num. 9.* & ſequuta aditione, tam teſtatoris atque hæredis, *gloſſ. d. §. ſed & cum monumentum. Iaſ. Sim. de Prat. & Petr. Greg. locis præcit.* quam legatariorum quoque reſpectu quaſi contractuum numero habeatur: vt ſupra circa continuationem huius materiæ noſtræ ad principium dictum eſt. Hinc ergo fit, vt, adita hæreditate, multiplex oriatur eff ctus.

n Actiones aut reales aut perſonales. Illæ oriũtur ex modis acquirendi rerũ dominia, & ex dominio. Hæ ex contractibus, quaſi cõtractibus, delicto, quaſi delicto, & ex obligatione.

470 PRIMO namque ex teſtamento, quatenus illud quaſi contractus eſt, inter hæredes teſtatorem repræſentantes, oritur actio præſcriptis verbis, cum actione familiæ herciſcundæ, quæ ex quaſi contractu communionis eſt concurrens, *d §. ſed & cum monumentum. & l. ſi filia. 20. § ſi pater. iunct gl. verb. diuiſa. ſup. famil hercíſc.*

471 SECVNDO ex quaſi contractu aditionis hæres obſtringitur fideicommiſſario vniuerſali, & actione perſonali ex teſtamento tenetur, ſi quid integre non reſtituerit, *VVeſenb. ad tit. ff. fideicomm. hæred. petit.*

472 TERTIO ex quaſi contractu aditionis hæres legatariis obligatur, & actione perſonali ex teſtamento tenetur, *§. hæres. Inſtit. obligat. quæ ex quaſi contract.* Sed & inter modos acquirendi rerum dominia legatum eſt: *§. fin. Inſtit. per quas perſ. nob. acquir.* Vt proinde legatario rei vendicatio, imo & hypothecaria actio detur, *l. 1. 2 C. comm. de legat. §. ſed olim. Inſtit. legat. Petr. Iacob. in ſua praxi. rub. 10. Ferrar. in forma libelli, pro legato rei ſingularis.*

473 QVARTO quatenus teſtamentum modis acquirendi res per vniuerſitatem accenſetur, eatenus hæredi, bonorum poſſeſſori & fideicommiſſario vniuerſali, petitio hæreditatis, poſſeſſoria hæreditatis petitio, & fideicommiſſaria hæreditatis petitio tribuuntur, *tot. tit. ff. & C. petit. hæred. tot tit ff de poſſeſſ. hæred. petit. tot. tit ff fideicom. hæred. petit.* Sed & remedia poſſeſſoria hæredi tribuunt, vt interdictum Quorum bonorum, de quo *tot. tit. ff. & C. quor. bonor. §. adipiſcendæ. ibi DD. Inſtitut. interdict.* late declarat *Menoch.*

noch remed.1.adipiscendæ. Petr.Iacob.in sua praxi.rubr.150. Ferrar.in forma libelli qua petitur hæreditas ex testamento. verb.coram vobis. & condictio ex *l.fin. ibi DD. C.edict. D.Hadr.toll. Ferrar.loco relato. Vasqu.de success. resolut.lib.2. §.18. num.108. latissime Menoch. in remed.4. adipiscendæ.*

Tertium naturale est ius accrescendi. 474

o Quod tamen etiam pertinet ad hæredes legitimos.

Quartum ius transmissionis. *o*

Quintum & Sextum ius dominii & hypothecę legatario ex testamento competens.

Septimum & Octauum ius deducendi quartam Trebellianicam & Falcidiam, & plura alia.

p Ea, quæ sunt sub sole, habent suam generationem, progressum & resolutionem. Nascimur & morimur, vitã, vt moriamur, habemus: Hoc proprium est nostræ conditionis opus.

q Illi casus bene possunt contrahi. Ille ampliationes cumulat cum modis ipsis resoluendi testamenta.

Nonum naturale *p* est resolutio. Porro centum modos resoluendi testamenta proponit *Vasqu. de success. resolut. lib.1. per tot.* q De quibus etiam late tractat *Clar.§.testamentum.q.81.vsq. ad q.100. Duaren.hic sub rubr. de effectu solennitatis seruatæ in testamento. prope fin.* qui quinq; modos recenset. *Grass.§. testamentum.q.77.vsq. ad 91.* Porro remedia, quæ pro testamentorum resolutione competunt, proponit *Vasq.loco præcit.* § *4.num.19.*

AMPLIATIONES: LIMITATIONES ad totam materiam.

Porro præcitatis requisitis concurrentibus, testamentum in iure perfectum est. 475

Amplia XII. modis, vt per *Domin.de Magdal.de num.testium in testam.requis.part.1.cap.4.cum seqq. vsq. ad cap.15.*

Ad tertiam autem ampliationem, vbi ille materiam *d.l.nemo.* exponit, 476 videatur præ cæteris *Bologn.* qui regulam illius textus quatuor modis ampliat, & sex modis limitat *num.178.cum seqq.* & præcipue quarta falletia *ibi nu.182.* de naturalibus & accidentalibus, quod testatoris dispositione mutari possint, bene notanda est. Inde enim sequitur, testatorem in suo testamento dispositionem *l.1.C.comm.de leg.* tollere. *Bart.in d.l.nemo.num 9. ibi Alex.num.13.* dicens magis communem, & *Ias.num.32.* qui communem esse testatur, *& in repetit.num.44. Alciat.num.10. Clar.§.testamentum.q.70. Grass.§. testamentum.q.66.* & facere posse, vt transmissibile sit non transmissibile: & econtra. *Ias.d.l.nemo.num.33.& in repetit.num.45. Alciat.num.7. Bolog.nu.130.* vt ius accrescendi *r* non quidem in institutionibus, sed in legatis & fideicommissis cesset. *Clar.§ testamentum.q.74.num.1.& 2.* & vt legatarius propria authoritate rem legatam capiat, & proinde interdictum Quorum legatorum cesset. *Bart.in d.l.nemo.num.10. ibi Castr.num.9. Alex.num.14.15. Ias. latissime in repet. num.45.* qui communem dicit, & quinque modis ampliat. *Alciat.num 7.& num.40.cum seqq. Bologn.num.131.cum seqq. Clar. §.testamentum. q.68. Grass.§. testamentum. q.67.* Quæ facultas eo ipso concessa intelligitur, si maritus vxorem constituat dominam & vsufructuariam. *Alex.ibi num.15. Bologn.num.135.137.* Hanc tamen quartam limitationem suam *Bologn.loco relat.* tribus modis sublimitat.

r Vide quæ notata sunt supra *num.42.*

Amplia XIII. Nam si vel minimum aliquod de substantialibus desit, 477 totum testamentum concidit. *Bologn.post alios d.l.nemo. num.74.88.*

Quæ sententia limitatur I. per eum *ibi num. 88.*

Secundo limitat in solennitate leui, *s* non attingente substantiam rei. Nam de requisitis substantialibus nil omitti potest: quum nihil in illis leue existimandum sit. *Bologn. ibi num. 280.*

s De solennitate leui exemplum proponunt DD. in testamento cæci, in præfatione, & vt legatis præponatur institutio hæredis, vide supr. de testamento cæci, requisit.2. & 7. & adde Ias. *in l.si vnus. n.3.4.5.C.h.tit.de testam. Vasq.de succ.creat.§.15.n.3.* Et quo pacto cognoscatur solennitas leuis, docet remissiue Castr. *ad rubr. n.3. C. nouo Codice fac.*

Tertio

478 Tertio limita. Nam etsi Notarius ad confectionem testamenti adhibitus non solum *l. Cornel. de falsis.* sed etiam actione in factum damnum scriptis hæredibus resarcire teneatur, si testatorem de omnibus solennitatibus non admonuerit. t *l. iubemus. 29. in fin. C. de testam. text. in d. Constit. Imperii,* **Von Notarien** / *sub rubr.* **Von Testamenten.** *in vers. fin. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 2. interpret. 2. dub. 2 solut. 2. num. 104. Dominic. de Magd. de num. testium in testam. requis. part. 1. cap. 2. num. 42.* Si tamen probetur, errore Notarii solennitates esse omissas, id testamento nil oberit. *l. si librarius. 93. ibi Dec. & Cagnol. infr. reg. iur. Caualcan. de tutore, curatore & vsufruct. relicto mulieri. cap. 9. num. 136.*

t Exemplũ: aliquis facit testamentum, adhibet tantũ tres, aut quatuor testes, putans illos sufficere. Notarius illum non admonet. Si testator omisit solennia, non admonitus à Notario, testamentum nil valet. Id clare probat Nouell. constitut. hic adducta. At si testator necessaria adhibeat, librarius autem erret in scribendo, id non nocebit. Sed quomodo cohæret cum his *l. quoties. 9. §. tantundem. infr. hered. instituendis?*

Respon. Aut omissa sunt actus substantialia vel solennia ab ipso testatore; quem monere Notarius potuit, & res est certa, actum non valiturum, & Notarium teneri. Aut clara est testatoris voluntas, qui omnia adhibuit, sed Notarius errat omittendo, & non nocet testatori. Aut addit, vel mutat aliquid contra voluntatem testatoris. & si ea certa sit, nec illud quidem nocebit. *d. §. tantundem.*

479 Amplia XIV. Nam testamentum in dubio validum præsumitur. *Mascard. d. conclus. 1353. lib. 3.* u *Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 9. Menoch. lib. 4. præsumpt. tom. 1. præsumpt. 9. & 10.*

u Quemadmodum testamentum ratione solennitatis, vt hic: ita quoq; ratione voluntatis perfectum præsumitur. *Menoch. de præsumpt. lib. 4. tom. 1 præsumpt. 5. per tot.* Et in dubiis tenenda illa sententia, quæ testamentis fauet. *Mar. Socin. sen. in tract. de testib. num. 16.*

480 Regulam ita ampliatam multis modis declarat Nepos à Monte Albano *de except. cap. 20. & 21.* vbi omnes exceptiones, quæ contra testamentum scriptum & nuncupatiuum proponi possunt, enumerat. Eandem limitat x octo modis *Duaren. ad tit. n. hic, sub rubr. de effectu solennitatis non seruatæ. vers. ex his quæ diximus constat.* Triginta quatuor limitationes proponit *Vasq. de success. creat. lib. 3. per tot.* 19. fallentias habet *Dom. de Magd. in d. part. 1. cap. 16. cum omnibus seqq. vsq; ad fin. & part. 2. atq; 3.* quæ cum 40. limitationibus, supra in materia testium propositis, recte huc referuntur.

x Ad materiam exceptionum, quæ contra testamentũ opponuntur, notabis, testamentũ ab initio nõ legitime fieri, aut ab initio legitime factum, postea infirmari. *Roland. de testam. rub. 36. vbi late hac de re differit.* Et an per ingressum religionis, testamentum factum infirmetur, tradit Iul. Clar. *in § testamentum. quæst. 28. num. 4.* & quid discriminis sit, si testamentum ipso iure nullum sit, aut per querelam, vel per L. contra tabul. rumpatur, notat idem Rolandin. *rubr. 17. num. 20.* Item, an rumpantur resurrectione testatoris. *Clar. §. testamentum. quæst. 86.* Et quid iuris sit, si post testamentum aliquis arrogetur, docet *Albert. Brun. de refectione. 4. conclus. num. 41.*

481 Porro ex 3. 4. 5. 6. & 40. limitatione, quod videlicet statutum, consuetudo, lex, priuilegium iuri testamentorum derogare possit, vltra ibi dicta, hæc notabilis declaratio ad *d. l. nemo.* concluditur. Quod cum authoritate iuris testator contra leges disponere possit.

Vnde infertur I. etsi detractio Falcidiæ de naturalibus testamenti intrinsecis sit: & immediate à testamenti substantialibus pendeat: & ad repræsentatam illam, qua in locum testatoris hæres surrogatur, spectet: vt proinde iam olim testator hæredi in Falcidia præiudicare non potuerit: *l. quod de bonis. 15. §. fin. infr. ad l. Falcid.* Tamen hodie testatorem Falcidiam prohibere posse: quum lex hoc permiserit. *Auth. sed cum testator. C. ad l. Falcid. DD. in d. l. nemo. ibi Bart. num. 4. Alciat. num. 8. & late Bolognet. num. 111. cum seqq. maxime num. 114. Gabr. Rom. lib. 4. recept. concl. tit. ad Trebell. concl. 1. num. 1. Graff. §. Falcid. q. 10. 11.*

482 II. Eadem ratione infertur ad prohibitionem Trebellianicæ, ad quam *d. Auth.* pertinet non per extensionẽ, sed per dispositionem: quia de ea disponit. Ita relatis in vtramq; partem rationibus, concludit *Bologn. d. l. nemo. nu. 116. vsq; 126.* latissime tractat *Gabr. Rom. d. concl. 1. cum multis seqq. Clar. § testam. q. 62. & 63. Graff. §. Trebell. q. 8. Idem. §. testament. q. 62. num. 4. 5. 6.*

Ff Postre-

Postremo circa 30. limitationem Vasquii quod attinet, quam ille *lib. 3. de successf. creat. §. 25.* tractat, adde *Dominicum de Magdalen. in suo tract. de testib. testam. part. 1. cap. 16. num. 130.* & obserua Regulam: Quod testamentum omni meliori modo valere possit, iuxta *l. 3. inf. milit. testament.* procedere 1. concurrente voluntate non limitata, quæ in dubio limitata non intelligitur. 2. concurrente facultate, id est, si requisita actus interueniant. 3. & in iis, quæ per se & tacite actui celebrato insunt. Qua de materia videndi *DD. in d. l. nemo. ibi Bart. ante num. Bald. num. 3. Castr. num. 3. Alciat. nu. 26. Bologn. num. 180. Bart. & DD. in l. 1. §. si quis ita. ibi omnium optime atq; latissime post alios Molin. num 33. cum plurimis seqq. infr. verb. oblig. DD. omnes in l. non codicillum. ibi Cyn. per tot. Bald. num. 2. Alberic. de Rozat. num 1. & 2. latissime Salyc per tot. Castrens. num. 1. & 2. Alex. num. 2. Ias. num. 4. C. eod. tit. Coras. in l. si tam augusti. num. 15 sup. scrutut. Vacon. lib. 5. declarat. 69 per tot. maxime nu. 12. Aym. Crauet. rubr. num. 43. cum seqq. infr. legat. 1. Dominic. de Magdal. in d. part. 1. cap. 5. num. 6. cap. 6. num. 13. cum seqq & cap. 16. num. 84.* 483

Atque hinc infertur I. Si dispositio testatoris vt testamentum solenne subsistere nequeat: illam voluntate non limitata, saltem vt nuncupatiuum testamentum valituram, siue testator hæredis nomen testibus expresse, siue per relationem ad aliud expresserit, puta, dicendo se eum instituere, qui in testamento scriptus sit. *Molin. d. §. si quis ita. num. 89. Sim. de Prat. notanter de interpret. vlt. volunt. lib. 2. interpr. 2. dub. 2. solut. 2. nu. 15. vsque 24. Dominic. de Magdalen. d. cap. 6. num. 20. & d. cap. 16. num. 88. optime Iacob. Menoch. de præsumpt. lib. 4. tomo 1. præsumpt. 2.* 484

Adde quæ dixi supra *in 5. substantiali. §. secundo ad solennitatem. vers. tum (2) quod communi.*

II. Hinc infertur: quum alia forma testamenti in specie ita accepti, alia codicillorum sit: ita quidem, vt hæ disparatæ *y* species sint: testamentum proinde si vt testamentū non valeat: ne quidem vt codicillum *z* sustineri posse. *Molin. loco præcitat. num. 90. Dominic. de Magdalen. d. cap. 6. num. 7. cum sequentib. & d. cap. 16. num. 88. l. cohæredi. 41. §. 1. ibi, alioquin, si non valuit ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum sit. infr. vulg. & pupill. l. 1. infr. iure codicill. l. non codicillum 14. C. de test. l. fin. C. codicill.* 485

y Appellatione testamenti in genere etiam codicillus venit. *Dom de Magd. eleganter. d. c. 6. nu. 21.*

z Alia quæstio est, num institutio directa, vt precaria, aut econtra, fideicommissio vt directa substitutio valere possit: de qua nonnulla ad *l. 1.* maxime circa præludia. *§. sexto substitutio in precariam, &c. ff. vulg. & pupill. subfit.* notata sunt: Et rursum alia de testamento & codicillo. Vbi distinguenda est volūtas limitata & restricta ad testamentum, a voluntate non limitata.

Ex hisce namque textibus regula sumitur: Testamentum, in quo à testatore expresse non est apposita clausula codicillaris, non valere vt codicillum, aut vi clausulæ prædictæ, *Gabr. Rom. lib. 4. recept. conclus. tit. de testam. conclus. 5.* vbi hanc sententiam septem modis limitat. 486

Ad primam fallentiam de persona à testatore dilecta, & sensu *l. in testamento. infr. fideicommiss. libert.* adde *Cuiac. in l. ex ea scriptura. hoc. tit.* & quæ dixi supra *num. 431. vers. octauo limitat Vasq.*

Ad quartam de testamento inter liberos, pertinet text. *l. fin. C. famil. hercisun. & d. l. hac consultissima. § ex imperfecto. ibi Alex. num. 12. Ias. num. 7. DD. in d. l. nemo. ibi notanter Castr. num. 3. Dec. consf. 242. num. 5. Carol. Molin. d. §. si quis ita. num. 93. Domin. de Magd. d. cap. 16. num. 73. 90. 91.*

Quibus porro consectarium est, etsi in omnibus testamentis, clausula, Omni meliori modo, intelligatur: *d. l. 3.* Id tamen non aliter nisi secundum terminos regulæ, si non valet, quod ago, vt ago, id est, iis concurrentibus, de quibus supra, intelligendum: Quum in testamento patris inter liberos clausula subintellecta etiam in iis operetur, quæ per se, aut tacite non insunt, vt DD. locis relatis declarant, & supra circa materiam institutionis hæredum, ad regulam: Quod liberi instituendi, aut exhæredandi sint: fallentia 14. & 27. latius expositum est.

Deni-

Denique septem limitationibus Gabr. Romani hanc quoque octauo loco adde: si Notarius testamento adhibitus, & de eo rogatus fuerit. Intelligitur enim requisitus, vt omnes clausulas consuetas, ac proinde etiam clausulam codicillarem adscribat, vt notaui *supr. num. 365. ad §. tertio requiritur.*

Et hanc octauam limitationem subamplia. Nam etsi Notarius de testamento rogatus clausulam codicillarem non expresserit, sed omiserit: tamen vi styli ea expressa intelligetur, & pro expressa habebitur. De quo vide *Gabr. Roman. lib. 6. recept. conclus. tit. de consuetudine. reg. 3. num. 35. Dominic. de Magdal. de num. testium. in testament. requis. part. 1. cap. 16. num. 127. vsque ad num. 136.*

Vltra limitationes Duareni, Vasquii, & Dominici de Magdalenis, regulam supra num. 475. propositam, declara 1. vt testamentum factum non præsumatur. *Iacob. Menoch. de præsumpt. lib. 4. tomo 1. præsumpt. 1. latissime Mascard. lib. 3. de probat. conclus. 1352.*

Delara 2. vt ex testamento imperfecto etiam defuncti voluntas declaretur, quemadmodum & alii imperfectæ voluntatis effectus sunt. *Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 3. tit. 20. per tot. Zunt. in responso pro vxore, num. 882. cum seqq. Domin. de Magd. de num. testium. in test. requis. part. 1. cap. 5. num. 8. cum seqq. Alex. Trentacinq. de substitut. vulg. cap. 15. nu. 10. cum seqq.* quibus adde, quæ dixi infra ad *l. hæredes palam. §. si quid post. & supra num. 443.*

Et hæc quidem sufficiant: nunc autem, fauente CHRISTO, ad textuum expositionem accedemus.

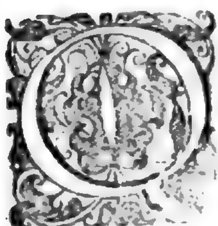


IOHAN. DAVTHII, I. V. D. VIRI CLARISSIMI ET PROFESSORIS LIPSENSIS TRACTATVS.

DE TEXTVVM RELIQVORUM expositione.

SVMMARIA.

1 *Lectio rubr. expenditur.*
2 *Num tit. 1. de testamentis in ff. ad nouem libros sequentes quintæ partis generalis sit.*



QVVM hactenus mediocri diligentia testamenti solennis in scriptis & nuncupatiui materiam explicuerim: consequens est, vt, quemadmodum pollicitus sum, nunc textus interpreter: quod CHRISTO fauente, breuiter faciam.

Primum autem omnium ad textus ff. accedo: quum libellus Institutionum suum expositorem habeat: in cuius messem me falcem mittere non conuenit.

Porro de continuatione huius tituli ad præcedentem materiam iam dixi.

De titulo autem duo quæruntur.

1. Quæ sit vera lectio.
2. Num titulus ad omnes IX. libros quintæ partis ff. generalis sit, an non.

I.

Ad primum quod attinet, Pandectæ Florentinæ, ad quarum authoritatem semper recurrimus, sic legunt: 1

Qui testamenta facere possunt: & quemadmodum testamenta fiant.

Hæc simpliciter recipienda videtur.

1. Propter authoritatem illorum librorum.

2. Duarum partium hæc est rubrica: quę testamentariis quæstionibus optime congruunt. Si enim quæramus, an valeat testamentum, in primis animaduertere debemus, an is, qui fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem: Deinde si habuerit, requiremus, an secundum regulas iuris ciuilis testatus sit, id est, quando disputatio incidit, prima quæstio est de personæ habilitate: altera de testamenti substantialibus, *l.4.h.tit.n.*

3. Etsi in iure tituli exstant, qui partim strictiores, partim generaliores, quam leges subiectæ sunt: Tamen omnium maxime consentaneum est, titulum cum subiecta materia congruere.

At leges omnes huius tituli ad priorem vel posteriorem rubricę partem referri posse videntur.

Nam vsque ad *l.20.* disputatur de his, qui testamenta facere possunt: à *l. 20.* vsq; ad finem exponitur altera pars, quemadmodum testamenta fiant.

Vulgata autem lectio ita habet:

De testamentis: & qui testamenta facere possunt: & quemamodum testamenta fiant.

Hæc magis concinna videtur.

1. Quia congruit cum titulis duobus Codicis: Qui testamenta facere possunt: De testamentis, & quemadmodum testamenta ordinentur.

2. Con-

2. Congruit cum materia testamentorum, in qua non tantum 1. de personæ habilitate, 2. & substantialibus, sed & 3. de naturalibus, accidentalibus, effectis quætimus. Et constat sub hoc titulo etiam de definitione testamenti quæri.

3. Quum in ff. multi tituli generales exstent, puta, tit de restitut. de vsufructu, de seruitutibus, de iureiurando, de contrahenda emptione, de pignoribus, de vsuris, de probationibus, de iure dotium, de tutelis, de bon. possess. de donationibus, de manumissionibus, vsucapionibus, de interdictis, de verb. obligat. de priuatis delictis, de publicis iudiciis: incongruum videretur, nullum de testamentis titulum in Pandectis haberi. Præsertim (1) quum omnes libri nouem quintæ partis ff. qui huic titulo de testamentis substituuntur, ad testamentorum materiam pertineant: quo nomine hic liber non tantum de testamentis sed & (vt Charondas hic in apostilla notauit) in codicibus manuscriptis, de testamentis primus, inscribitur, (2) & Iureconsulti à generalibus ad specialia progredi soleant. *§. his igitur. Instit. iust. & iure.*

II.

Ad secundum quod attinet, vtrum tit. hic ad nouem libros sequentes quintæ partis ff. generalis sit, an non, DD. mire variant.

Nam *Cuiac. in paratit.* ad tit. supra *si cert. pet.* contendit, nullos tit. generales esse in ff. & eandem sententiam repetiit *in tract. 2. ad Africanum statim in princ. ad l. si eum seruum. 23. sup si cert. pet. & obseruat. 32. lib. 7.*

Et in specie, quod tit. n. generalis non sit, *Cuiac.* duobus fundamentis probat.

Quia 1. repugnant Pandectæ Florentinæ, quæ generalem tit. non habent.

2. Repugnat Constit. Iustiniani, id est, procemium ff. in quo Imperator tradit methodum docendi & discendi iuris.

Constat autem ex illa epistola, libros primæ, secundæ, tertiæ partis ff. continua serie legi: ac proinde cuiusq; partis libros vno communi nomine appellari.

Nam priores libri 4. nomen habent τῶν πρώτων.

Libri secundæ partis dicuntur de iudiciis.

Libri tertiæ partis de rebus.

At libros quartæ & quintæ partis ff. Imperator voluit esse singulares: noluit in his recitationis siue auditionis ordinem esse continuum: sed trium annorum studiis interpolari: quod procul dubio non fecisset, si hos libros vno quodam generali titulo contineri voluisset. Et pro illius procemii expositione videatur *Cont. lib. 1. lect. c. 11.*

Alii econtra contendunt in ff. non modo eos, quos supra retuli, sed & tit. de iudiciis, ad totam partem ff. secundam, tit. de rebus cred. ad totam partem tertiam, tit. de testam. ad totam partem quintam, esse titulos generales.

Et anno quidem M. D. LXXXIV. Tubingæ propositiones editæ sunt, in quibus aperte Cuiacii sententia conuellitur.

Non videtur (ait ille propositione 1.) probanda sententia Cuiacii, existimantis nullos in ff titulos siue rubricas esse generales: sed vt in Instit. & Codice, sic & in ff. tales exstare potius dicendum. Hæc ille.

Ego, saluo saniori iudicio, hanc disputationem distinctione componendam esse arbitror.

Aut quærimus: num in iure tales tituli exstent in ff. qui ad certos & paucos quosdam alios titulos generales sint? Et hoc negari non potest. Exempla plurima sunt recitata.

Neque arbitror, Cuiacio præstantissimo Iureconsulto vnquam in mentem venisse, vt talia negaret.

Aut quæritur: Vtrum in ff. titulus de iudiciis ad totam partem secundam: titulus de reb. cred. ad totam partem tertiam: titulus de testam. ad totam partem quintam ff. generalis sit?

Hæc est quæstio Cuiacii, an tales tituli generales exstent.

Rursus distinguo inter hos titulos.

Nam ad titulum, de iudiciis, & de reb. cred. quod attinet, arbitror veriorem esse Cuiacii sententiam: quod libri secundæ partis ff. à titulo de iudiciis, & libri tertiæ partis ff. à tit. de reb. cred. non vt à titulis generalibus, sed vt à titulis cuiusque partis primis nomen acceperint.

Ad titulum autem nostrum quod attinet, constanter adfirmo, illum ad totam partem quintam esse generalem.

Definitio namque testamenti hoc titulo exponitur: Quare satis declaratur, titulum hunc de testamentis esse generalem.

Non obstat I. argumentum Cuiacii: quod in ff. Florentinis, particula hæc rubricæ de testamentis desit.

Nam respondeo: Etsi hoc verum esset, tamen rem ipsam, testamentum videlicet, cuius definitio sub hoc titulo exponitur, suo ambitu omnes materias IX. librorum quintæ partis complecti. Ad testamenta enim omnia substantialia, naturalia, accidentalia, effecta pertinent.

Non obstat alterum: quod tituli huius quintæ partis singulares sint.

Nihil enim rationes contra rei euidentiam valent. Res ipsa ostendit, omnia quæ quinta ff. parte pertractantur, ad testamentorum materiam spectare: Quare nihil conjecturas curare debemus.

Sunt autem hi tituli singulares, ratione tractationis, non ratione disparatarum materiarum, quasi videlicet aliquid à materia testamentorum alienum aut separatum contineant.

Porro quum omnes ll. ff. vsque ad *l. 20.* iam explicuerim: nunc à 20. interpretationis initium faciam.

L. qui testamento. 20. in princ.

3 *Text. n. verus intellectus: & cum* § sed neque hæres. Inst. eod. *concordia. & n. 10.*
Hæres in testamento testis esse hodie nequit.
4 *Legatarius in testamento clauso testis esse potest secundum omnes.*
Idem in testamento nuncupatiuo communiter receptum.
5 *Textus non disponit nisi de eo, de quo principaliter quæritur.*
6 *Filiifam. in parentum testamentis, aut pro parentibus testes esse non possunt.*
7 *Prima lectura text. n.* in vers. quæ autem in testamento diximus. *recepta.*
8 *Sententia* vers. eum qui lege Iulia.
Testimonia commendatoria & demonstratoria vt differant.
De testimonio hæreticorum in orthodoxos.
Non omnis dissensio de doctrina est hæresis: vt neque omnis consensio rectæ fidei argumentum est.
9 *Mulier in testamento cur non sit testis.*
10 *In testamento clauso etiam is testis est, qui testatoris idioma non intelligit.*
Si testis aut notarius cogatur, testamentum nullum est.



DE his, qui testamenta facere possunt, hactenus dictum est: nunc quemadmodum testamenta fiant, subiicitur. *Castrens. hic. num. 1. ibidem Cuiac.* 3

1. De continuatione dixi.

2. Ad primam particulam text. de hærede, ratio dubitandi peti potest ex *§. sed neque. Instit. eod.*

3. Ratio decidendi est ex *l. nullus. de testib.*

4. Rationis dubitandi confutationem iam sum adducturus.

In eodem testamento testis esse non potest.

Ratio decidendi petatur ex *l. omnibus. 9. C. de testibus. l. nullus. 10. supr. eod. tit. de testibus.*

Hic oritur ἀντινομία inter hunc textum, & inter § *sed neque hæres. Instit. de testam.*

Vtque hoc intelligatur, obseruandum, Vlpianum, cuius hæc lex est, multis ante Iustinianum nostrum annis vixisse. Fuit enim Papiniani auditor, & eius postea in præfectura Prætorii assessor, & sub Alexandro Seuero, principe optimo, sacrorum scriniorum magister factus est. Præfuit autem Imperio Alexander Anno CHRISTI CCXXV. At Iustinianus noster decessit Anno CHRISTI DLXVI.

Iam Vlpiani verba ita habent: Qui testamento hæres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest. At Iustinianus noster, qui multis post Vlpianum seculis vixit,

vixit, *in d. §. sed neque hæres.* sibi hoc arrogare videtur: quod ipse primus constituerit, ne hæres in testamento testis esse posset. Hæc enim verba eius sunt: Veteres quidem familiæ emptorem, & eos, qui per potestatem ei coniuncti fuerant, à testamentariis testimoniis repellebant: Hæredi autem & iis, qui per potestatem ei coniuncti fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare: licet ii, qui id permittebant, hoc iure minime abuti eos debere suadebant. Nos tamen eandem obseruationem corrigentes, & quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes ad imitationem pristini familiæ emptoris, merito nec hæredi, qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet: neque aliis personis, quæ ei (vt dictum est) coniunctæ sunt, licentiam concedimus, sibi quodammodo testimonia præstare.

Ad hanc ψευδαντινομίαν respondeo: textum *in d. §. sed neque.* loqui in testamento iuris ciuilis, quod dicebatur per æs & libram, idq; ex textu apertissime liquet: quum Vlpianus de testamento iuris Prætorii, vel mixti agat, in quo hæres nunquam idoneus testis fuit. Ratio diuersitatis exponetur postea.

Intelligatur autem responsum Vlpiani de testamento iuris prætorii, *a* aut mixti, in quo hæres nunquam idoneus testis fuit, vt ex hoc loco & ratione decidendi præcitata colligitur. *Cuiac. hic.*

At in testamento, quod per æs & libram fiebat, hæres testis esse poterat, vt clare Imperator loco relato indicat: quum negocium testamenti *b* inter testatorem & emptorem familiæ contrahi putaretur: qui deinde, testamenti tabulis apertis, hæredi vero *c* restituebat hæreditatem. Idque ex Plutarcho annotarunt *Brisson. lib. 7. formul. vers. prioribus ergo illis. fol. 635. Hotoman. in princ. super verb. per æs & libram. Instit. eodem. Sigon. de antiquo iure ciuium Roman. cap. 12. prope fin.*

a De variis testamentorum formis supra dixi. Videatur autem text. *in princ. Instit. de testam.*

b Duplex est ratio decidendi. 1. Quia totum negocium agi credebatur inter testatorem & emptorem familię. Hæc est ratio principalis. 2. est, quod hæres ignorabat ad se hæreditatem peruenturam. Hæc minus principalis, quæ etiam militat in testamento prætorio, & mixti iuris.

c Theophilus *Institut. de testament. in princip.* Hoc testamenti genere (id est, per æs & libram) inuento, priora illa iam longo tempore in desuetudinem abierant. Sed & tertium genus per æs & libram paulatim sperni cœperat. Nam quum idem familiæ emptor esset & hæres, pro certo habens is, se hæredem futurum, in dominum hæreditatis insidias comparabat. Vnde complures pro veteri more familiæ emptorem adhibebant, qui imaginaria emptione patrimonium morituri emeret. Sed testator seorsum in tabulis aut chartis, quem sibi hæredem esse vellet, scribebat.

Verba Plutarchi sunt in libro, de sera numinis vindicta: ὅταν (ait) διαθήκας γράφωσιν, ἑτέρους μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἑτέροις δὲ πωλοῦσι τὰς οὐσίας· ὃ δοκεῖ παράλογον. Id est, Romani, cum sua testamenta condunt, alios quidem relinquunt hæredes: aliis vero suas substantias vendunt, (id est, alius est hæres, alius emptor familiæ,) quod videtur absurdum. Ex hisce porro Plutarchi verbis liquet, quæ ratio sit, cur in testamento per æs & libram hæres testis iam olim esse posset: quia causa testaméti agebatur inter testatorem & familiæ emptorem, non inter testatorem & verum hæredem, qui ignorabat, se hæredem scriptum. Ita M. T. Cicero, & Publius Clodius à Cyro architecto hæredes scripti, eius testamentum tanquam testes obsignarunt, vt ipsemet Cicero in oratione pro Milone testatur, quod refert *Cuiac. hic. & Brisson. lib. 7. formul. vers. ad obsignanda. fol. 655.*

Et hoc ius, quod videlicet hæres testis in testamento iuris ciuilis esse posset, vsq; ad Iustinianum nostrum viguisse, ex textu *in princip. ibi, attamen partim & hoc in vsu esse desiit. & ex d. §. sed neque. Institut. eod.* constat: etsi iam antea Constantinus ea, quorum in illo testamenti genere imaginarius vsus esset, sua constitutione sustulisset. *Cuiac. in l. 1. & d. l. qui testamento. in princip. h. tit. l. quoniam indignum. 15. C. testam.*

Constantinus in sua lege non sustulit omnino id testamétum, quod esset iuris ciuilis: sed ea sustulit, quorum imaginarius vsus esset, id est, imaginariam emptionem. Etsi autem remoto familię emptore, quo cum testaméti causa agebatur, etiam testimonium hæredis remoueri debuerit: Tamen Iustinianus satis indicat, id ante sua tempora factum non fuisse. Neque enim dicit testamentum per æs & libram in totum esse sublatum: sed hæc eius verba sunt: partim & hoc in vsu esse desiisse. Deinde *in d. §. sed neque.*

 cla-

clare dicit: se iuris veteris obseruationem corrigere. Si correxit: Ergo eousque in vsu fuerat: alioquin correctione nihil fuisset opus.

Quod ergo ab initio in testamento iuris prætorii & mixti receptum fuit, id Iustinianus noster etiam in testamẽto iuris ciuilis constituit. Tum quod hodie successerit hæres in loco familiæ emptoris: Vt proinde totum negocium inter testatorem & illum agi credatur: *d. §. sed neq.* Tum quod iuris successor sit *§. legatariis. Institut. eod. Duar. hic, sub rubr. de testib. in testamento idoneis. vers. eadem ratione repellitur hæres.*

Quod in legatario.

Legatarium *d* in testamento clauso testem esse posse inter omnes constat. 4
Tum (1) quod iuris vniuersi successor non sit. *§. legatariis. Institut. eod.* Tum (2) quod nullum suspicionis periculum sit, ignorante legatario, vtrum aliquid sibi in testamento relictum sit, an non. Quæ rationes fecerunt, vt & olim in testamento per æs & libram hæres, intercedente emptore hæreditatis, testis esse posset. Et de testamento quidem in scriptis omnia iura loquuntur, quæ legatarium, vt testem in testamento admittunt, puta *text. h.* in quo frustra se *Duaren.* torquet. *dict. §. legatariis iunct §. fin.* e *l. si quis ita. 15. inf. reb. dub. l.* f *dictantibus. 22. C. de testam. iunct. l. quoties. 9. in fin. princ. infr. hæred. instit. & l. Diuus. 15. §. item senatus. infr. ad l. Cornel. de fals. l. 1. 2. 3. C. his qui sibi asscr.*

d Notandum, hic non quæri de legato, sed de testamento, an legatarius in testamento testis esse possit.

Ratio dubitandi, quod testimonium in proprium commodum etiam per consequentiam sit prohibitum. *c. personas. 20. de testib.*

Ratio decidendi triplex:

1. Approbatio testatoris & hæredis.
2. Numerus testium falsi suspicionem remouet. Vnius enim inhabilitas alterius habilitatem supplet.
3. Agit hic textus de testamento iuris prætorii & mixti, quod scriptura conficiebatur, *text. in princip. Instit. eod.* Vt proinde testes scire non oporteat, quid in testamento scriptum sit. Ita videmus in historia sacra prophetam Dauidem in propria causa iudicem & testem constitutum esse. Hinc apparet, Duarenum frustra in hoc textu hærere. Ille probare vult, omnes textus, qui legatarium ad testimonium testamentarium admittunt, de testamento in scriptis loqui. Dicit hunc textum m[illegible] negocium exhibuisse DD. quam vllum alium.

e Totus tit. *Instit. de testam.* agit de testamento in scriptis. Ergo de eo etiam loquitur *§. legatariis.* Id clare probat §. [illegible] enim verba habent: *Sed hæc quidem de testamentis, quæ in scriptis conficiuntur, sufficiant. Si quis autem sine scriptis voluerit [illegible], &c.*

f *L. dictantibus.* ibi decidit, quod dictantibus quoque testamenta recte legetur. illa sententia ibi ampliatur, vt procedat. etsi quis & dictauerit, & testis in testamento fuerit adhibitus. Nam & illi legari potest. Hoc enim ibi illa verba volunt, testibus etiam ad efficiendam voluntatem adhibitis pro suo libito, quod voluerit testator relinquere, non prohibetur. Loquitur ergo textus de testamento, quod dictatur. At illud est testamentum in scriptis, vt apparet ex iuribus coniunctis, in quibus de dictantibus testamenta agitur. His relinqui potest, non quod illis hoc dictare liceat, sed a testatore. Ita intelligitur *l. dictantibus.* Et videatur *tot. tit. C. his qui sibi asscr.*

Vt proinde multi præstantes DD. existimarint, quæ de legatario teste iure prodita sunt, ad testamenta solummodo scripta pertinere. Quam multis etiam defendit *Duaren. hic sub rubr. de testib. in testamento idoneis. vers. hac subtilitas mouit veteres.*

At DD. communiter hic existimarunt, etiam in nuncupatiuo testamento legatarium testem esse posse, refert & sequitur *Vigl. d. § legatarius. num. 9. Grass. §. testamentum. quæst. 57. num. 15.* Et licet *Accurs.* existimarit hanc sententiam eo iuris fundamento sustineri posse: quod multa permittantur in consequentiam, quæ principaliter non admitterẽtur: Legatarium autem dicere testimonium in causa, cuius emolumentum in consequentiam & secundario ad ipsum pertineat: Quam refert *Duar. loco præcit.* & sequitur *Reub. de testib. part. 2. nu. 3.* Excipit tamen *Vigl. in d. §. legatariis.* quod in proprium commodum, testimonium etiam per consequentiam prohibitum sit. *c. personas. 20. extr. de testib.* Quare *Alber. de Malet. de testib. part. 1. cap. 4. nu. 54. cum mult. seqq.* relatis plurium interpretum opinionibus, in hac sententia subsistit, vt speciale hoc ius in legatario esse existimet. Quam sententiam sequitur & probat *Vigl. loc. relato.*

Si

Si enim iure communi Aduersarium in propria causa iudicem & testem constituere omnibus permissum est, quid ni etiam legatarii testimonium ius nostrum admittat: *g* quum de iure testamenti, non de legato principaliter quæratur: & fidem eius non modo testator, sed & hæres probarit. Testator enim toti ordinationi suæ eum testem adhibuit, cuius iudicio refragari hæredē absurdum foret. Tum quod hæres sit, quem testatoris iudicio acquiescere par est: Tum quod ad probandam institutionem suam ipse testimonio eius vtatur.

g Ius hoc singulare est in testamentis, vt coniunctæ personæ admittantur, puta, legatarii, fideicommissarii, socii omnium bonorū, patronus, vxor. Ratio autē specialitatis non cōsistit in sola testatoris approbatione. Hoc enim pacto omnes personæ admitterentur: sed in iuris dispositione, quæ in aliquibus coniunctis personis testatoris approbationem considerauit.

Porro quid iuris sit, si de legato principaliter quæratur, ***Doctores hic. & in dict. §. legatariis. ibi præcæteris Vigl. num. 10. & Malet. loco præcit. num. 57.*** declarant.

DD. distinguunt, qui videri possunt. & inter cæteros *Castr. hic & Malet. loco præcit.* Est autem in hac DD. disputatione & distinctionibus consideratione dignissima illa sententia, de qua iam dixi: Quod videlicet testator elegerit fidem testis, quo ad totum testamentum. Testamentum autem est indiuiduum. Addendum, quum hæres eius testimonio vtatur: quod proinde circa legatum eius fidem respuere non debeat. Videatur *Bald. h. num. 3.*

Et in eo, qui tutor scriptus est.

Ratio dubitandi est: quod causa pupilli sit quasi propria tutoris: quum habeatur loco Domini: *l. qui fundum. 7. §. si tutor. inf. pro empt.* Ergo de calumnia iurat. *l. 2. §. quod obseruari. C. iur. calum.* & in causa pupilli non *h* testificatur. *l. fin. sup. testib.* Ratio autem decidendi est, quod hic testificetur antequam tutor sit: quum adita demum hæreditate, tutor efficiatur. ***l. si nemo 9. sup. test. tut.***

h De tutore, duo quæruntur. 1. An pro pupillo, 2. aut contra pupillum testificari possit.

De prima quæstione DD. variant. Iacob. Ægid. *de testib. num.* 13. putat, non audiendum tutorem, durante officio, sed eo finito. Idem habet addit. ad Crotum. 4. *part. num.* 171. Reuberus *part. 2. num. 148. cum seqq.* neque durante tutela, neque ea finita admittendum censet, ea ratione, de qua ibi *num.* 154. *& per Mascard. libr 3. de probat. conclus.* 1357. *num.* 30. Nell. *numer.* 34. dicit, tutorem testem esse posse pro pupillo, allegat hunc textum, quem recte intelligimus in actibus solennizandis. *Mascard. dict. conclus.* 1357. *num.* 33. Plerique distinguunt, quod tutor testis esse queat, si caussa per alium agatur: ita vt ipse non sit pars iudicii: Secus si iudex constituisset actorem. Quum enim eiusmodi actor periculo tutoris constituatur, vt testem tutorem haudquaquam audiendum existimant: cum tunc in propria causa testaretur. *de qua distin. vltra B. videantur Alb. Mal. cap. 4. num. 12. & 53. Lanfranc. num. 70. Crot. 4. part. num. 170. Mascard. dict. conclus. 1357. nu. 30. cum seqq.*

Verum idem Crot. *part. 4. num.* 84. relata distinctione Bartoli, tutorem indistincte pro pupillo admittendum censet: Tum (1) quod nullibi prohibitum reperiatur. Neq; enim *d. l. fin. hic citata* hoc habet. Tum (2) quod facultas probationum non sit restringenda. Tum (3) quod prælatus solus Ecclesiæ procuratorem constituat, & tamen testis esse possit: Vt proinde multo fortius tutor in caussa pupillari admitti debeat, de qua nullum commodum sentit. *adde Panorm. c. insuper. de testibus. Capell Tholosan. decis.* 205.

De secunda quæstione vide Reuberum *d. part. 2. num.* 154. *&* 206.

Porro, si tutor principaliter pro pupillo, incidenter vero contra pupillum testis produci potest: modo per actorem constitutum lis inferatur: neque distinctio facienda est, vtrum tutoris periculo actor datus sit, an non: *vt recte Crot. probat.* Multo magis principaliter contra pupillum, indirecto pro eo producitur. Vera ergo dubitandi ratio est, quod tutor pro pupillo non audiatur testis: vt glossa hic dixit, nisi per alium caussa agatur. Ratio autem decidendi melior esse videtur, quam glossa attigit, quod hic tutor interueniat pro solennitate: quanquam & illa, quæ in textu refertur, bona sit.

Si aliud eos nihil impediat.

5 Singularis est textus ad hoc, quod lex aliquid definiens, non disponat, nisi de eo, de quo in ea quæritur & dubitatur: cætera vero vel idonea præsupponat, vel in cæteris legibus relinquat. *l. furiosum. 9. in fine. Cod. qui testamentum facere poss.* Et ad hoc textum nostrum post alios adducunt *Carol. Molin. in leg. vnic. quæst. 10. num. 285. Cod. sent. quæ pro eo quod interest, proferuntur. Doctores communit. in leg. 4. §. Cato, ibi Hormano&t. Dec. num. 354. infr. de verb. oblig. vbi ex hoc principio intellectum constituit. l. si procuratorem.*

torem 8.§.si ignorantes supra ff. mandati. de quo ibidem differunt Alciat. num. 136. cum seqq. Ruin. num. 63. Martan. Socin. num. 173. Ludou. Bologn. nu. 114. Bolog. 178. Molin. p. 2. n. 167. Francisc. de Caldas in l. si curatorem. verb. hunc contractum. nu. 13. vers. secundo respondet Dec. C. in integr. restit. minor.

Quod liberi in parentum testamentis, vel quando parentes instituuntur, testes esse non possunt, id patriæ potestatis ac vnionis respectu contingere, ac proinde ad emancipatos non pertinere dixi.

1. Quia nusquam in iure relatum est, liberos emancipatos in testamentis testes esse non posse.

Nec obstat, quod de testimonio domestico dicimus. Nam alia testamentarii, alia aliorum testimoniorum ratio est: & domesticum testimonium in nostra materia peculiariter accipitur.

2. Quia textus h. & textus *in* §. *in testibus.* & §. *sed neque hæres.* cum mysterio de liberis loquuntur in potestate retentis.

At si & emancipati prohiberentur, eo ipso res de retentis in potestate, certa & indubia esset: & frustra Iustinianus atq; Vlpianus de casu indubitabili respondissent.

3. Viglius *d.* §. *in testibus. nu. 4. & d.* §. *sed neq. num. 3.* hos textus inducit per argumentum à contrario sensu.

Contra hanc sententiam insurgunt DD. communiter ea potissimum ratione: quod domesticum testimonium reprobetur. textus est etiam in *d.* §. *in testibus, in fin. ibi, reprobatum enim est ea in re domesticum testimonium.*

1. Est Alberici Rosat. h. *num. 5.* quando filius testatur, pater iam mortuus est. Hæc ratio non est bona: quia etiam infert ad filium in potestate retentum.

2. Est Viglii *d.* §. *in testibus. num. 8.* dicentis: distinguendum inter testamentaria & talia testimonia: quum in his patri mortuo nil quæratur, in hisce secus.

Hæc responsio elegans, sed specialis est, pertinens tantum ad casum illum, quando filius in patris testatoris testamento testis esse vult.

3. Aliter respondet *Angel. h. num. 5.*

4. Has responsiones non reprehendo: sed iudico respondendum esse ex Theophilo, quem hic adduco.

Vnde apparet, *Bart. & DD.* communiter in verbis domestici testimonii admittere æquiuocationem, & fallaciam figuræ dictionis.

Si in potestate sit testatoris.

Hinc, quemadmodum & ex sequentibus, constat, quod filiusfamilias 6
n parentum testamentis, aut pro parentibus testis esse non possit, non propter consanguinitatem, aut domesticitatem, sed ob patriam tantummodo potestatem accidere, quæ facit, vt patris & filii vna persona esse putetur. *Bald. h. in vers. quanquam. num. 4. ibi Alberic. num. 4. & 5.* Vnde concluditur, aliud in emancipatis liberis esse. Et licet *Bart. d. vers. quanquam. num. 2.* dissentiat: & idem in emancipato filio esse iuris existimet: eam ob causam, quod cessante vna ratione prohibitionis, (patria potestate) alia subsit, domesticitatis scilicet, quæ ipsa quoque à testimonio repellat. *l. idonei. 6. supr. testib. l. parentes. 5. C. eod.* Quam communem *Clar.* §. *testament. qu. 55. num. 9.* imo omnium DD. sententiam esse *Viglius* dixit *d.* §. *in testibus. num. 4.* Tamen priorem sententiam etiam ex textu §. *in testibus autem. &* §. *sequentis.* veram esse constat, quam *Viglius ibidem* erudite explicat.

Ad fundamentum autem communis opinionis respondendum: quod testamentaria testimonia ab aliis distinguenda sint, *Angel. hic num. 5. Vigl. d.* §. *in testibus. num. 8.*

Tum (1) quod patri testatori mortuo ex testimonio filii nil compendii accedat. *Alberic. de Ros. hic num. 5. Vigl. d.* §. *in testib.*

Tum.

Tum (2) quod filius emancipatus testis esse possit, vbi de authoritate præstanda & solennizando actu agitur, quemadmodum testimonia testamentorum substantiam & solennia concernunt. *Angel. hic. num. 5.*

Tum (3) quod in materia testamentaria testimonium domesticum dicatur non ex cognatione, sed ex vnione, quæ per patriam potestatem contingit. *Theoph. in Institut. eod. tit. §. hi autem demum. prope fin. Vigl. d. §. in testib. num. 8.*

Versic. Per contrarium.) nihil difficultatis habet. Regula textus est clara, contra quam duas oppositiones mouet glossa: 1. est, quod pater in testamento filii militis post missionem non sit testis. 2. Quod parentes non sint testes in causis filiorum. Ad illas obiectiones respondet glossa.

Quæ autem in testamento diximus.

7 Proponitur hic ampliatio *ad princip. l. nostra.* Quemadmodum enim filius sub potestate constitutus, non potest esse testis patri in testamento: Ita nec in alio negocio, per quod patri acquiratur. Hæc enim prima textus nostri lectura est, quam probat *gloss.* & eam planam, optimam atque veram esse perhibent, *Bald. num. 1. Angel. ante num. & Imol. num. 4.* Disputant autem DD. vltra *gloss. hic.* de testimonio patris & filii. De qua materia vltra omnes interpretes hic videatur text. *& ibi DD. in l. parentes. C. de testib. DD. c. de literis. de testib. Zas. in lib. 2. sing. respons. c. 11. Alphan. in reportatis. nu. 485. & Delrio in remiss. fol. 191. Soc. reg. 506. incip. testes parentes. Menoch. de arbitr. iud. lib. 2. cent. 2. casu 101. Gabr. Roman. recept. conclus. lib. 1. tit. de testib. conclus. 17. Alber. de Malet. de testib. part. 1. num. 1. cum seq. Ioan. Crot. de testib. part. 4. num. 1. cum seqq. Campeg. de testib. reg. 2. & 3. Clar. d. q. 55. num. 9. Grass. §. testamentum. q. 57. num. 14. idem in lib. 2. commun. opinion. c. 17. q. 1. 2.*

Bartolus dixit: textum hunc difficilem esse: Ratio difficultatis est glossa, quæ variis modis hunc §. legit.

Prima lectura est, quod noster §. referatur ad princip. legis, & sit ampliatio ad principium. Est ergo sensus: quæ dicta sunt de inhibendis testimoniis eorum, qui in potestate parentum sunt, circa testamenta, ea etiam procedunt in omnibus aliis testimoniis, vbi aliquid patri acquiritur. Hæc lectura est planissima, & eam DD. post glossam amplectuntur, quæ sine omni dubio verissima est.

Deinde ita glossa legit textum, vt eum referat *ad §. per contrarium.* immediate præcedentem.

Ego dico, hanc lecturam non posse defendi.

Nam *in d. §. per contrarium.* agit Iureconsultus 1. non de prohibitione, sed de permissione testimonii: 2. paterni in testamento filii militis. Iam textus nostri lectura variat: Quædam exemplaria legunt ita: Quæcunque autem in testamento diximus super prohibendis testimoniis eorum, qui in potestate sunt, in omnibus testimoniis accipias, vbi aliquid negocii geritur, per quod acquiratur.

Quædam pro prohibendis, legunt perhibendis. Et quocunque modo legas non potest *textus noster* ad immediate præcedentem §. *per contrarium.* referri.

Nam si legas prohibendis, non potest fieri relatio: quia Iureconsultus *in dict. § per contrarium.* non agit de prohibendo, sed de admittendo testimonio patris in causa filii militis.

At si legas perhibendis, iterum non fiet relatio ad illum textum: quia is loquitur de testimonio patris. At § *noster* non de testimonio patris, sed de testimonio filii agit. Ita enim verba habent: Quæcunque autem in testamento diximus super perhibendis testimoniis eorum, qui in potestate sunt. Notentur hæc verba, ex quibus clarissime patet, Iureconsultum sese non ad textum immediate præcedentem, vbi de testimonio patris agitur: sed ad principinm textus referre. Ibi enim tractat de inhibendo testimonio liberorum in testamento patris. Hæc sunt clara.

Deinde

Deinde DD. huc transportant totam illam materiam, quando pater in causa filii, vel filius in causa patris testificetur: & dixit *Alber.* glossæ doctrinam esse confusam, addit *Castrens.* difficilem.

At secundum præmissa textus planus est, vsque adeo vt dominus *Cuiacius*, qui tamen omnia eleganter explicuit, hunc textum ne quidem attigerit.

Ad disputationes autem DD. quod attinet, contentus nunc sum adductis remissionibus, in quibus tota materies glossæ & DD. huc pertractata clare & dilucide exponitur.

Nec furiosus.

Planus.

Eum qui lege Iulia.

Argumentatur IC. à maiori ad minus, & est textus sententia: quum damnatus repetundarum in iudiciis testis esse prohibeatur: *l. repetundarum. 15. sup. testib. l. eadem. 6. §. 1. inf. ad l. repetund.* multo minus in testamento eum adhiberi posse. Ita enim hunc textum post Azonem & glossam hic legunt interpretes, & ex recentioribus *Duaren. & Cuiac. hic. & Hotoman. lib. 1. obseruat. cap. 20.* 1

Estque decidendi ratio, quod leges vetustiores inter testimonia, commendatoria, qualia sunt testamenti, & inter demonstratoria, puta, iudicialia distinguant, & in demonstratoriis eo facilius testē admittant, quod producti in iudiciis iureiurando adstringantur, ab aduersariorum patronis interrogentur & refellantur, ac proinde non tantum periculi adferre possint, atque ii, qui in testamentis conficiendis adhibentur. *Harmenopul. in promptuario lib. 1. tit. 6. sub rubr. de iis quibus testimonii dicendi facultas negatur. Duaren. hic sub rubr. de testib. in testamento idoneis. vers. superius cæpimus tractare. Cuiac. hic. Hotoman. d. cap. 20.*

Deinde testimonia illa extraiudicialia vltro citroq; voluntaria sunt, & testibus data opera corrogatis fiunt: Vt proinde necesse non sit, quemlibet sine delectu accersere, aut admitti: quum bonorum virorum copia sit. At iudicialia vt plurimum fortuita sunt & necessaria: quum non modo litigatores ad productionem faciendam, sed & testes ad depositiones cogantur. Vt proinde faciliores nos hic esse oporteat. *Reuber de testib. part. 3. num. 10.*

Qui damnatus est repetundarum, non est testis in testamento.

Ratio decidendi: quia in iudicio testari nequit. Ergo multo minus in testamentis admittetur.

Minus enim est in iudicio, quam in testamento testem esse.

At obstat *l. pen. C. heret.* vbi certis hæreticis testimonium testamentarium permittitur, iudiciale autem prohibetur.

Respondeo, nullam esse pugnam. Et hic videmus vsum eius regulæ, quam explicui in principio *l. nostræ:* Quod lex non disponat nisi de eo, de quo in ea quæritur, & dubitatur, cætera vero vel idonea præsupponat, vel in aliis legibus relinquat.

Dixit text. ibi tutorem & legatarium esse testes posse. Et addit: nisi aliud eos impediat.

Ita hic traditur, quod plus sit in testamento, quam in iudicio testem esse. Id ita intelligendum, nisi aliud quippiam obstet, cuius respectu maior ducatur ratio iudicialis quam testamentarii testimonii.

Agitur autem *in d. l. pen.* non de testimonio iudiciali simpliciter, sed de testimonio hæreticorum in orthodoxos.

Si quis iam olim ante constitutionem Friderici vltro approbasset testimonium hæretici testamentarium, illud vtique non reiiciebatur.

At hæ-

At hæreticum in orthodoxos testimonium iudiciale dicere, cum omni iure & ratione pugnat.

Quia absurdum foret, capitalem inimicum iudicem aut testem habere, *can. quod suspecti.3. quæst.5.*

At hæretici omnium orthodoxorum capitales inimici sunt, & totam CHRISTI Ecclesiam, si possent, ferro & flamma funditus delerent.

Exempla de Arrianis, Nestorianis, Eutychianis, denique de Antichristo, quantas illi strages Ecclesiæ dederint, nota sunt.

Aduersus hæc excipiat aliquis: si hic textus sensus foret, eadem odii ratione orthodoxi in hæreticos testimonium dicere non possent.

Nam & nos inimici sumus hæreticorum, & odio eos prosequimur. Ita enim in Psal.139.versic.21.22. Propheta ait: Equidem qui oderunt te, Domine, oderam: & super inimicos tuos tabescebam. Perfecto odio oderam illos, inimici facti sunt mihi.

Perfecto odio, id est, cui nihil accedere possit: ex toto animo.

Respondendum, odium Electorum DEI filiorum, quibus illi hæreticos prosequuntur, non tam in personas, quam in vitia dirigi. Colenda enim nobis est pax cum omnibus, quo ad licet, *(Rom.12.versic.18.)* Ergo amanda est omnium salus, & si fieri potest, humanitate & omnibus officiis, reuocandi sunt in viam. Quatenus tamen DEI hostes sunt, eorum furori acritèr est resistendum. *(Marlorat.)*

Cassiodorus, citante B.Brunone, perfectum odium inquit, est, homines diligere & eorum vitia semper odisse.

Ita insignis ille CHRISTI martyr Ignatius in epistolis suis passim docet, hæreticos pro hostibus & odio habendos atque fugiendos. Idem tamen in epistola 6. ad Philadelphienses ait, non esse percutiendos, sed ad pœnitentiam cohortandos, si forte audiant: & in epistola sequente ad Smyrnenses addit, pro iis esse orandum. Idem cum B. Ignatio docet Irenæus ipse quoque martyr *lib.3. contra hæreses c.vlt.*

Neque cum hac sententia pugnat, quod *in l.pen. verf. aliis vero. C. haret.* traditur: quum ibi non de testimoniis hæreticorum simpliciter, sed de testimonio eorum in orthodoxos quæratur, quod admitti absurdum foret. Quum econtra ad testamenta aut contractus hæreticum vltro ab aliquo adhiberi, eiusque fidem à testatore aut contrahente approbare nil prohibeat. Non enim eo modo hæretici, vt delinquentes infames sunt: quum delicta regulariter à scientibus & prudentibus admittantur, adeoque ex animo æstimentur, *l. illud.3.§.1. inf. de iniur. l. qui iniuria.55. inf. de furt.* Quum hæresis substantia in errore versetur, vt supra dixi: ac proinde tantum absit, vt hæretici animo delinquendi suam peculiarem doctrinam sectētur, vt etiam studio maiori cum pietate DEVM colendi illud faciant: Et nullus vnquam hæreticus extiterit, qui non optimam se religionem amplecti firmiter sibi persuaderet. Quum igitur animus delinquendi & dolus in hæreticis cesset, mirum non est, quod testimonia testamentaria & alia huiusmodi Iustinianus ipsis reliquerit *in d. l. pen.* Quæ tamen illis postea Fridericus II. *in Auth. Gazaros. C.eod.* rursus ademit. Qua de re vltra DD. *in l.1. C. de summ.trinit. & fid. cathol. & in d.l.pen.* videndi sunt *in suis tract. de testibus, Nepos de Monte Albano num.100. cum sequentib. Iacob. Butrig. cap.1. num.45. versic. quinquagesimo secundo. Frider. Schenck num.18. Nellus à S. Gemin. part.1. num.20. Aufrer. num.50. Alber. de Malet. cap.3. num.6. versic. tertio fallit. Campeg. reg.45.46. Iust. Reub. part.1. num.44. versic. decimo in totum. part.2. n.94. cum seq. verf. quinto haretici. & optime part.3. n.5. cum seqq. vsq. 15.*

De hæreticis supra dixi.

1. Non omnis dissensio de doctrina facit hæresin: Vt neque omnis consensio fidei rectæ ὁμόνοια est. Nam Israelitæ, qui vitulum in deserto adorarunt: illi, qui Prophetas, qui Apostolos, qui CHRISTVM trucidarunt, summe fuerunt concordes: neque tamen propterea recte senserunt.

2. In Ecclesia per vniuersum orbem consensio est summa, id est, de regula fidei seu de fundamento, de quo Beatus Athanasius ait: Hæc est fides Catholica, quam nisi quisque integram, inuiolatamque seruauerit, procul dubio in æternum peribit.

In aliis fidei mysteriis alii aliis longius progrediuntur, quod consensum Ecclesiæ de fundamento non impedit, vt pie Irenæus *lib. 1. contra hæreses. c. 2. 3. 4.* docet.

Omnia hæc paucis verbis complexus est Apostolus, dum aliud fundamentum poni non posse præter Christum, multos autem fundamento stipulas superstruere dixit. *(1. Corinth. 3. vers. 12. 13. 14. 15. & Philipp. 3. vers. 15. 16.)*

Ita Hieronymus Pragensis paucis ante martyrium horis dixit: Hunc morem priscis & doctissimis viris fuisse, vt in rebus fidei discreparent, non ad pessundandam fidem, sed ad veritatem reperiendam. Ita Augustinum & Hieronymum dissensisse, nec solum diuersa, sed & contraria sensisse, nulla hæresis suspicione. Poggius Florentinus. Similia tractat *Tiraquell. de nobilitate. cap. 31. num. 532. cum seqq.* Et Iuellus multis in locis graues Pontificiorum inter se dissensiones refert, vt contra *Harding. art. 8. sect. 17. art. 24. sect. 1. & in Apologia Anglicana. versic. verum ô DEVS bone.*

§. *mulier.*

Mulier in iudicio testis esse potest, nõ in testamento: quum in demonstratoriis facilius testis, quam in commendatoriis admittatur, vt versic. præcedenti est annotatum. Porro quid iuris sit in codicillis, & in aliis casibus, ab hac regula exceptis, ex commentis DD. h. & ex iis quæ supra de habilitate testium ad principium dicta sunt, cognosci potest. 9

Ibi omnes fallentias ad hanc regulam adduxi remissiue. De codicillis DD. disputant. Et *gl. hic* sentit, mulierem in codicillis testem esse posse. Quæ est communis DD. sententia. At ex Harmenopulo, cuius doctrinam *Cuiac. h.* refert, apparet, contrariam sententiam esse veriorem. Nam ille inter commendatoria refert codicillum, & donationem causa mortis: & nulli dubium esse debet, quin Græci expositores omnium optime legum nostrarum sensum intellexerint.

§. *seruus.*

Nec prætoris quidem edicti.

Quia ius prætorium subsequitur ius ciuile in testimonio dicendo, *l. Seio. 14. sup. de testib.*

§. *fin.*

Ostensum est in principio huius textus, Vlpianum hic de testamento per æs & libram tractare, in quo duæ res agebantur, familiæ mancipatio, & nuncupatio testamenti, quæ & testatio dicebatur. Nuncupabatur autem testamentum in hunc modum: Hæc, vti his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor. Vos in hanc rem boni Quirites testimonium perhibetote, *Brisson. lib. 7. formul. fol. 653. prope fin. vers. ciues vero Romanos. & fol. seq.* Ii ergo, qui propter solennia testamenti adhibebãtur, durare debebant, donec illa contestatio perageretur. Vnde interpretes commune illud dogma eliciunt: Quod vno contextu actionis testari oporteat, *lege proxima. infr. l. hac consultiss. & l. cum antiquitas. C. eod.* & dixi supra. 10

Porro in testamento clauso, quale testamentum per æs & libram fuit, etiam is testis esse potest, qui testatoris idioma non intelligit. Et ita recte textum intelligit *gloss. hic, ibi Bart. num. 1. Bald. num. 1. Alberic. & Angel. num. 1.* dummodo per interpretem testatoris nomine de testimonio rogetur. *Castr. num. 2. Hotoman. in §. testes. Instit. eod.* In fine textus requirit, vt testes sua sponte testamento adhibiti sint. Nam si coacti fuerint, testamentum non valet, *vt h.* Estque decidendi ratio, quod testes debeant esse rogati, *Auth. rogati. C. de testib. & l. seq. §. in testamentis. dixi supr. nu. 418.* Ergo si compulsi

pulsi sint, testamentum non valet: vtpote non seruata forma testamenti à testatore. *Alber. de Ros. hic. ibi Bald. num. 3. Ang. num. 2. Imol. num. 13. Castr. num. 5. & Cuiac.*

Et quum bonum sit argumentum de teste ad instrumentum, *l. in exercendis. C. fide instrum. Castr. h. num. 5.* Sequitur idem iuris esse in notario coacto. Notarius enim & testes cogi possunt à iudice, non à parte, quod contra nobiles obseruandum, qui quandoque Notarios cogunt ad testamenta aliaq; instrumenta conficienda. *Bald. Ang. Castr. Imol. hic.*

L. hæredes palam. in princ:

1 *Textus huius legis valde solennis, & clauis testamenti nuncupatiui. num. 3.*
Hæredis nomen exprimi potest explicite vel implicite.
2 *Testamentum nuncupatiuum etiam per scripturam probatur.*
Testamentum an valeat conditum ad interrogationem.
Superabundans cautela non nocet.
Non pugnãt testes inter se, si aliqui affirmẽt, aliqui a.dicãt, se nescire, aut nõ audiuisse.
3 *Testamentum sine legatis fieri potest.*

1 De hoc textu, etsi valde solennis sit, nihil dicam: quod totam eius materiam, & quæ hic per DD. disputantur, satis explicarim: idque de quæstionibus DD. quas hic pertractant, liquere potest, si eas breuiter enumerauero.

Porro textus hoc habet: hæredes palam nuncupandos esse, ita vt exaudiri possint.

I. Quærit ergo *Bart. num. 8.* an hæres possit institui ita: Volo, vt is hæres sit, quem descripsi in schedula, deposita apud talem, &c.

Videtur, quod non. Quia textus requirit expressionem, vt testes exaudiant nomen hæredis.

DD. omnes decidunt, quod sic. Quia paria sunt, hæredis nomen exprimi per se, vel per relationem ad aliud. Dixi supra circa institutionem hæredis, requisito 4. declaratione 7.

Ad obiectionem respondet *Castr. h. num. 2.* quod hæredis nomen sit exprimendum, id est, explicite, vel implicite. Tu adde, quod expressum tribus modis dicatur, in genere, & in specie, & singulariter. Et singulariter expressio fit plurimis modis, inter quos est illa, quæ fit per relationem ad aliud. Latissime declarat post DD. *Tiraquell. de legib. connubial. ad legem 16. verb. express. gloss. 7. num. 82. cum plurimis seqq. maxime num. 182. Zunt. in responso pro vxore. num. 500. Domin. de Magdal. de num. testium in testam. requisit. part. 1. cap. 27. num. 10. cum seqq.*

Sed contra hanc exceptionem replicatur: quod expressio hæredis requiratur pro forma. Ea autem, quæ requirantur pro forma, non posse adimpleri per æquipollens. Ad hanc replicam tribus modis respondet *Dominic. de Magdal. loco præcitato. num. 13. cum seqq.*

2 II. Deinde *Bart. & omnes DD. post gloss. hic.* quærunt: Vtrum testamentum nuncupatiuum etiam per scripturam probari possit? Hæc est solennis quæstio, quam declaraui supra in materia testium, fallen. 35. & 37.

III. Requirit hic textus, vt testator nuncupet nomen hæredis. Quærunt DD. An testamentum valeat conditum ad interrogationem, puta, an satis sit, si Notarius, vel alius testatorem interroget: Vis ne instituere Titium? & testator respondeat, sic. Hæc est solennis quæstio, quam explicui supra, in materia de testamento cæci. Ibi enim expositus est textus *l. hac consultissima. §. at cum humana. C. qui testam fac. poss.*

IV. Dixit textus: si plures quam septem testes adhibiti sint, sufficere, quod septem testatoris nuncupationem exaudiant. Hinc elicitur vulgaris theorica: Quod superabundans cautela non noceat: Et, Quod testamenti complementum non ex testatoris intentione, sed ex iuris regulis æstimandum sit. Qua de re dixi supra circa definitionem testamenti, verbo, Iusta, illatione 3.

V. Quum textus hic ad finem dicat, sufficere, vt testes septẽ testatorem exaudiant, notandum: Non pugnare hæc, Quod aliquis fuerit actui præsens, & tamen rem non audiuerit, non intellexerit, vel nesciuerit. Quare non pugnant inter se testes, si aliqui dicant: testatorem sic fecisse testamentum: Alii autem deponant, se nescire, aut se non

 audi-

audiuiſſe, vel non intellexiſſe. Ita notant DD. hic, puta *Bald. num. 3. Angel. num. 1. & 2. Imol. num. 2.* Eſtque ſtandum illis, qui affirmant: non iis, qui dicunt, ſe neſcire, aut qui dicunt, ſe non audiuiſſe. Vnde porro DD. eliciunt: Quod affirmantibus, non negantibus teſtibus ſit ſtandum. Imo, quod plus credatur vni teſti affirmanti, quam mille negantibus. De cuius axiomatis ſenſu videndi *Bald. num. 6. Caſtr. num. 7. Alberic. nu. 4. Imola num. 3. addatur Gabr. Roman. lib. 1. recept. concluſ. tit. de teſtib. concluſ. 4. num. 1. & ſeqq.*

VI. Quærit *Bart. num. 6.* An teſtamentum ſolum in ſcriptis fieri poſſit ſine legatis? 3
Reſolutio eſt clara: Legatum non eſt de ſubſtantia teſtamenti, ſed accidens, vt ſupra dixi. Ergo omitti poteſt. Imo, etſi Bologneti ſententiam teneremus, quod eſſet de naturalibus, tamen idem foret. Nam naturalia regulariter immutari poſſunt.

Dixit Baldus, hunc textum clauem eſſe teſtamenti nuncupatiui, cuius materia cum omnibus quæſtionib. DD. iam ſufficienter eſt explicata. Ad interpretes autem hic addatur *Domin. de Magd. de num. teſtium in teſtam. requiſ. part. 1. c. 27. num. 10. cum ſeqq.*

§. *ſi quid poſt factum.*

4 *Huius §. ampliſſima materia diſtinctione aperta reſoluitur.*

5 *Verbo nudo teſtamentum ſemel rite conditum non tollitur.*

• *Modi qui teſtamenta infirmandi remiſſiue.*

6 *Nudo verbo tollitur teſtametum militare.*

7 *Nudo verbo tollitur teſtamentum paganicum, ſi teſtator dicat, ſe velle decedere ab inteſtato.*

8 *Legata teſtamento data, codicillis adimuntur, vt ipſo iure non debeantur, ſecundum communem.*

9 *Legata teſtamento data, minus ſolenni volūtate ita adimi poſſunt, vt ope exceptionis non debeantur.*

10 *Teſtamentaria ſolennitas neceſſaria eſt, vbi aliquid circa hæredis inſtitutionem mutatur.*

11 *Nuda voluntas, iuncta cum decennii curſu, tollit prius teſtamentum.*

12 *Extra teſtamentum hæreditas adimi poteſt verbis fideicommiſſi.*

13 *Non nudo verbo hactenus reuocatur teſtamentum, vt fiſco locus fiat.*

14 *Regulariter teſtamentum paganicum tollitur tantum ope exceptionis.*

Declaratio l. qui ex liberis. § teſtamento. inf. bon. poſſ. ſecund. tab.

15 *Conſciſſo aut cancellato teſtamento ob hæredis indignitatem, fiſco locus eſt.*

16 *Conſciſſio teſtamēti facta, vt teſtator decedat inteſtatus, ipſo iure teſtamentū tollit.*

17 *Si ignoretur, quo conſilio teſtator teſtamentum conſciderit, cancellauerit: res ad cauſam inteſtati deducitur, ex communi DD. ſententia.*

18 *Teſtamenti conſciſſio, cancellatio, &c. contra voluntatem teſtatoris facta, non nocet hæredibus, poſtquam teſtamentum in iudicio præſentatum eſt.*

19 *Quid iuris ſit, ſi viuo teſtatore, teſtamentum caſu, aut per alium inciſum, cancellatum, vel inductum ſit.*

20 *Si dubitetur, vtrum deletio facta ſit teſtatoris voluntate, quid ſequendum.*

21 *Teſtibus à teſtatore turbatis, quid iuris ſit.*

22 *Teſtamento poſteriore perfecto, prius tollitur, quod declara, vt ibi.*

Nemo paganus cum duobus teſtamentis decedit. Limita vt ibi.

Intellectus l. militis. §. veteranus. ff. milit. teſtam.

Intellectus l. qui ex liberis. §. teſtamento. ff. bon. poſſeſſ. ſecund. tab.

23 *Si maritus & vxor ſimul teſtamentum faciant, alter ex coniugibus non prohibetur teſtamentum ſuum reuocare, etſi coniunx non conſentiat.*

24 *Etiam iuratum teſtamentum poſteriore tollitur.*

25 *Teſtamento poſteriore prius tollitur cum appenditiis & contractibus in teſtamento factis.*

26 *Teſtamento poſteriore prius tollitur, apud acta vel Cæſarem factum.*

27 *Poſterius teſtamentum tollit prius, etſi ſtatutum prius reuocari prohibeat, aut prius in ſcriptis ſolēne, poſterius nuncupatiuum ſit: aut iure ſpeciali tantum valeat, hæredumve conſenſu firmatum ſit.*

28 *Poſterius teſtamentum tollitur, etſi in poſteriore de eo nulla habeatur mentio, niſi prius clauſulam derogatoriam habeat, aut inter liberos conditum ſit.*

29 *Primum teſtamentum tollitur per ſequens, etſi prius plures teſtes habeat.*

30 *Prius teſtamentum non tollitur per ſequens, quando poſterius per errorem factum eſt.*

31 *Item, quando ſcribuntur hæredes, qui inſtitui non poſſunt.*

32 *Item,*

32 *Item, quando primum est nullum præteritione.*

33 *Inter duo testamenta reperta neutrum valet, si ignoretur, quod posterius sit: Declara, vt ibi remissiue.*

34 *Notarius primum testamentum cancellare iussus, non debet totum delere.*

35 *Hæreditas data extraneis fauore venientium ab intestato minus solenni voluntate adimitur.*

4 Cum hoc §. coniungendi sunt textus *l. ad testium. 22. §. si signa. & l. si testamentum. 23. infr. eodem. l. non idcirco. 11. l. si vnus. 12. in secundo responso. l. sancimus. 27. & l. nostram. 31. cum multis aliis. C. eod.*

Horum omnium & plurium aliorum textuum materias Petrus prolixa distinctione tractauit, quam *in d. l. nostram. Cyn. num. 3. Alberic. de Ros. & idem Alber. hic num. 2.* repetierunt atque declararunt. Quam de interpretum nostrorum sententia sic clare propono.

Aut testator ante factum, vel perfectum testamentum, aliquid mutare, delere, vel totum etiam testamentum conscindere vult, & res nullum dubium habet. i *DD. hic, ibi Bart. ante num. Bald. in repetit. & Castrens. num. 1. Angel. in d. l. nostram. ante num. Hotoman. cons. 54. num. 9. versic. neque obstat illud vulgatum.*

5 Aut testamentum factum vel perfectum est, & quæritur, quid ex interuallo de eo fieri possit: & subdistinguendum.

Aut enim testator, qui fecit testamentum, postea processit ad verbum tantum, vel ad factum.: si ad verbum tantum, tum aut ad verbum nudum, aut non nudum.

Nudum verbum est, vt quia dixit coram tribus testibus, vel apud acta, se nolle, vt testamentum factum valeat. Hoc quidem modo etsi septem testes adfuissent, testamentum non tollitur, *l. sancimus.* k *27. ibi omnes DD. & Alex. num. 8.* hanc veram & communem dicens, *Benedict. in repet. d. c. Raynutius. verb. testamentum. el 2. num. 8. Dilect de arte testandi. tit. 10. caut. 3. num. 1. Nicol. Moron. de fide, treuga & pace. q. 24. num. 16.* eandem communem perhibent, *Clar. §. testamentum. q. 91. num. 2. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 4. interpr. 3. dub. 2. num. 51.* Multis probat *Domin. de Magdal. d. part. 1. cap. 17. num. 21. Graff. §. testamentum. q. 84. nu. 2. C. h. tit. n.* Certi l n. in iure modi sunt, quibus testamenta infirmantur, de quibus amplissime differit *Vasq.* m *de success. resolut. lib. 1. §. 1: cum seqq. vsq. ad §. 10. exclusiue. Clar. §. testamentum. q. 81. cum multis seqq. Graff. §. testamentum. q. 77. cum seqq.* inter quos hic non est, §. *ex eo autem. Institut. quib. mod. testam. infirm.* n *d. l. sancimus.*

i Textus noster loquitur, si quis post factum testamentũ aliquid mutare voluerit. Nam si testamentum adhuc sit in fieri, testator potest addere & mutare: Quia semper fit cum eadem solennitate. *Bald in repet. text. n. hic.*

k Textus nõ loquitur de septem testibus. Inde est disputatio DD.

l Duplex est voluntas adẽptiua. 1. Nuda, vt, quia testator dicit, se nolle testamentum valere: se reuocare testamentum. 2. Et vestita seu dispositiua, vt quia aliud testamẽtum condit. Ergo testamẽtum semel conditum, nõ tollitur nuda volũtate: Quia nuda voluntas non tollit dispositiuam vestitam: sed bene vnum testamentum tollitur per aliud. Secundum naturã namq; est, vt quælibet res ita tollatur, vt colligata est. *Dom. de Magd. de num. testium in test. requis par. 1. c. 16. n. 22. 23.*

m Ille centum modos refert, plures tamen ipse refellit, & alii in pauciores recte contrahuntur.

n In §. *ex eo.* dicitur: ex eo solo non infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, & non distinguit text. vtrum testes adfuerint, vel non. At in *d. l. sancimus.* ita Imp. loquitur: si testator tantummodo dixerit, non voluisse prius stare testãmentũ, vel aliis verbis vtendo, contrariam aperuit voluntatem, & hoc vel per testes idoneos non minus tribus, vel inter acta manifestauerit, &c. Quum autem hic etiam actorũ meminerit, & apud acta testamenta fieri possint, sequitur, ius hic non variari, etsi plures testes adessent. Baldus a. existimat tolli testamentum, si coram septem testibus testator dicat, se testamentum reuocare. 1. Sicut enim coram septem testibus confert hæreditatem in testamento nuncupatiuo: Ita pari ratione coram septẽ adimere potest. 2. Quia adimendo vel reuocando semper videtur velle decedere ab intestato. Vnde perinde est, ac si verba hæc adiecisset, de quib. in fallent. 2. hic dicitur. Hæc refert *Salyc. in d. l. sancimus. n. 3.* & tacet. Et hanc sententiam veriorem post alios dicit *Graff. §. testamentum. q. 84. n. 2.* Idem sensit *Pet. Gregor. in syntag. iur. part. 3. lib. 44. cap. 1. n. 7.* Nam certum est, text. in *d. l. sancimus.* non de septem, sed de paucioribus testibus loqui. Sed quicquid sit, hæc sententia non tenetur, vt dicit *Sim. de Prat. lib. 4. de interp. vlt. vol. interp. 3. dub. 2. n. 54.* Ad fundamenta Baldi respondeo: 1. Etsi *d. l. sancimus.* non loquatur de testib. septem: tamen etiam de voluntate apud acta exposita meminit. Vnde apparet, vim in eo non fieri, vtrum tres, an septem testes adfuerint. 2. Ad secundum, quod testator reuocando testamentum, semper videatur velle decedere intestatus, hoc nego: & dico, maximam esse differentiam, vtrum testator clare dicat, se velle decedere intestatum. Nam hoc casu indubie succedunt venientes ab intestato. At si ita non dixerit, interdum fiscus succedit, vt si reuocat, quia hæredes scriptos indignos reputat, &c. Porro ratio decidendi triplex ad decisionem nostram proponi potest: 1. quod sint certi modi, quib. testamentum infirmatur. 2. Quod nuda voluntas non tollat vestitam. 3. Est apud Loriotum in apicib. sub tit. *de testam. ordinandis. axiom. 27.*

Declara hoc membrum 1. in milite. *Vasq. loco relato. §.9.num.7.* 6

Declara 2. si testator coram septem testibus (imo coram quinque. Vide quæ dixi, §. *fin. l. hac consultissima. C. eod.*) rogatis dicat, se reuocare primum testamentum, & velle decedere ab intestato. Nam hoc casu valet reuocatio, & videntur instituti venientes ab intestato, secundum Bartoli sententiam *in l. si iure. num.3. inf. legat.1.* Quam communem dicit, & contra *Castrensem* tuetur *Alex. d. l. sancimus. num.9. per l.1. § si hæres. inf. si tab. testam. null. ext.* vbi etiam ad *l. militis codicilli. 37. §. veteranus. inf. testam. milit.* respondet. Idem tradunt *Paris. cons. 46. num.19. cum seqq. lib.3. Dilect. de arte testandi tit.3. caut.3. Clar. §. testamentum. q.91.92. Nic. Moron de fide, treugâ & pace q.24. num.16. Petr. Greg. in syntag. iur. lib.44. cap.1. nu.6. Graff. §. testamentum. quæst.84. num.2.* magis communem dicunt *Alex. cons.30. num.3. lib.3. Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib.4. interpr.3. dubio 2. num.51.* Contrarium tamen tenet *Castr. in l. sancimus. num. 6. C. h. tit. n.* 7

Testamentum nuncupatiuum, quod non reducitur in scripturam, difficilius cassatur, quam testamentum solenne in scriptis. Non potest cassari facto, **dann es ist keine** scriptura **die man zureissen könte**/ neq; verbo: quia hoc non sufficit. Ideo non est satis dicere. Ex sententia DD. reuoco testamentum, sed addendum, Volo decedere intestatus. Hæc refert *Bald. d. l. sancimus. num.2.* licet quæ ipsius sententia sit, iam monuerim.

Declara 3. in legatis, quæ etsi testamento data sint: codicillis tamen adimi possunt, vt ipso iure non debeantur, iuxta sententiam Ioannis, quam *gloss. in l. fideicom. 27. & ibi DD. communiter C. fideicom. DD. communiter in d. §. si quid post. ibi Castrens. num.7. DD. communiter in l. si ita scriptum. ibi Alex. num.4. & Ias. num.23. inf. legat.1. & Couarru. ad rubr. part.2. num.21. versic. secundo. hoc eod. tit. in antiq.* professi sunt, *Vasqu. de success. resolut. §.1. num.16. Graff. §. legatum. quæst.78. num.3.* Et hanc veriorem etiam dicit *Bart. d. §. si quid post. num.1. & 3.* quum, quantum ad legata & legatorum ademptionem, codicilli sint ita solennes atque perfecti, vt est testamentum, *text. de adempt. legat. Instit.* præsertim quum hodie codicilli semper testamento tacite confirmati intelligantur, *Bald. dict. § si quid post. in repet. gloss. l.5. infr. iure codicill. gl. l. siue in initio. 6. ibi Castrens. C. eod.* Etsi dissenserit Placentinus, cum quo sensit *Castr. d. §. si quid post. ibi Cuiac. & d. l. si ita scriptum. Loriot. in apicibus tit. de testam. ordin. axiomate 27.28.29.* vbi distinguit, quod codicillis legata in testamento relicta adimi non possint, nisi illi expresse in testamento confirmati fuissent. Ita enim sententiam eius *Bart. & DD.* exponunt *in d. § si quid post.* Quorum fundamentis respondent *DD. in d. §. si quid post. & Alex. in d. l. si ita scriptum. num.4.* 8

Quod legata etiam per minus solennem voluntatem tollantur, vt ope exceptionis non debeantur, id in confesso est apud omnes, per clarum textum *l. militis codicilli. §. veteranus. inf. milit. testament.* Sed quæstio est: Vtrum per codicillos adimantur legata in testamento data, ita vt ipso iure non debeantur? Ioannes dixit, quod sic: eius sententia est communis.

Placentinus contra motus fuit suis fundamentis, de quibus per *Castrens. d. §. si quid post nu.7. & per Alex. in d. l. si ita scriptum. num.4.* respondet *ibi Alex.* ad fundamenta omnia. Sed vnum restat ex textu *d. §. si quid post.* quum ibi Iureconsultus dixerit: Si quid post testamentum factum testator mutare velit, omnia ex integro esse agenda. Non distinxit textus inter legatum & institutionem. Ergo indistincte accipiendus.

Et quia Placentino fortiter obstitit *text. Institut. de adempt. legat.* Ita illum intellexit, vt doceret, accipiendum esse, si legata non testamento, sed codicillis prius relicta fuissent.

Sed

Sed hæc est magna illius textus restrictio, & mera diuinatio. Ad obiectionem Placentini de textu *d.* §. *si quid post.* respondent DD. illum non de legatis, sed de institutione accipiendum. Atqui obstat textus generalitas. Ergo magis congrua est Bartoli responsio, dicentis: si quid eorum, quæ in testamento facta sunt, mutetur, omnia ex integro agenda, omnia inquam, quæ de necessitate, pro substantia illius actus fieri debuerunt, qui mutatur. Ita ille pulchre declarat *num.* 3.

9 At minus solenni voluntate, legata & fideicommissa in testamento relicta ita adimi possunt, vt ope exceptionis non debeantur. Quæ sententia dubium nullum habet. *Bart. d.* §. *si quid post. num.* 3. Imo, ab omnibus tenetur, vt *Bald. ibi in repet. & Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib.* 4. *interpr.* 3. *dub.* 2. *num.* 34. testatus est. Et hanc regulam iuris esse dixit *Alex. d. l. si ita scriptum. nu.* 4. *l.* 3. *in fin. infr. adim. legat. d. l. militis codicilli.* §. *veteranus. infr. milit. testam.* in quo textu non fuerunt codicilli: quum illa voluntas, in qua solum adimitur, & nihil relinquitur, non dicitur voluntas codicillaris, vt post *Alex. d. l. si ita scriptum.* docet *Couarru. loco relato.*

Porro vsum huius disputationis, Vtrum legatum ipso iure, an ope exceptionis adimatur, tradit *Castrens. d.* §. *si quid post. num.* 8. *Alex. d. l. si ita sit scriptum. nu.* 4. *prope fin. vers. quid autem refert. Loriot. in apicib. loco relato, axiomate* 29.

10 Declara 4. si aliquid mutatur circa hæredis institutionem, *o* tum eadem solennitas requiritur, quæ in constituendo testamento necessaria fuit. aliud in declaratione. Nam qui immutat, de nouo facit. At qui declarat obscurius dictum, nihil de nouo facit, sed factum demonstrat.

Et licet textus *ibi in versic. quod vero.* in materia declarationis, exempla de legatis tantum proponat: tamen sciendum, idem de institutione esse: quum eadem prorsus ratio sit. *p* Fieri ergo potest declaratio coram duobus testibus, vt supra fallent. *q* 36. circa regulam: Quod septem testes in testamento necessarii sint, dictum est. Ita textum *d.* §. *si quid post vltra DD. ibi Bart. Bald. Alber. Ang. Imol. Castr. hic* explicant. *Bart. l. qui ex liberis.* §. *testamento. num.* 2. *inf. bonor. possess. secund. tabul. Loriot. in apicib. loco relato, axiom.* 30.

o Videatur *Bald. hic in repet. & Castr. n.* 6. qui dixit ex mutatione circa legatum, non fieri nouum testamentum: quum non concernat substantialia.

p Quod videlicet declarans nil noui faciat: Vt, si duo sint Titii, & ego vnum institui, certè declarare possum, de quo senserim. Et non requiritur hęc eadem solennitas: sed declaratio fieri potest coram duobus testibus, vt supra fallen. 36. in regula: quod septem testes in testamento necessarii.

q Omnino distinguenda declaratio propria ab impropria, vt per *Domin. de Magd in tract. de testib. testam. part.* 1. *cap.* 30. *num.* 11. & inde infer ad ea, quæ dixi *l.* 1. *q.* 3. *vers. decimo quinto declara. infr. vulgar. & pupill. substit.*

DD. ad *d.* § *si quid post.* multa pulchra & vtilia dicta de mutatione, emendatione & declaratione habent. Qui declarat, nil noui facit. Ex hoc axiomate *Bald. hic* multas decisiones deducit, quemadmodum & *Imola atq. Alberic.* qui omnino videndi sunt, quoties declarationis materia incidit. Declarationem ibi dicunt duplicem: expressam & tacitam. item, directam & indirectam. Videatur *Bald. ibi, vers. sed si notam.*

11 Declara 5. Nam etsi nuda voluntate apud acta, aut coram tribus, vel septem testibus declarata, testamentum factum, vtpote voluntas perfecta, dispositiua, vestita atque firmior tolli nequeat: & tempus per se solum de modis illis non sit, quibus testamentum semel legitime conditum infirmatur: Cui porro consequens est, vt quod non mutatur, temporis lapsu nihil impediente, inconcussum stet: *l. sancimus.* 27. *ibi omnes DD. & Bald. num.* 1. *C. h. tit. n.*

Hæc est elegans iuris theorica: Quod non mutatur, quare stare prohibeatur? Ergo si hodie testamentum feceris, & postea per 10. 20. 30. annos vixeris, licet à paupertate ad maximas diuitias perueneris: tamen testamentum lapsu temporis mutatum non intelligetur, etsi iam olim solo temporis lapsu, id est, decursu decennii tolleretur *per l.* 6.

in C.Theodos.eod.tit. quam citat *Cuiac.d.§.si quid post.* Ex hoc axiomate multa alia DD.deducunt: puta, si quis producat mandatum procurationis, vel delegationis antiquum, vtrum illi opponi possit, quod antiquum & proinde mutatum sit. Ita si mandaui aliquod delictum, tu statim non exequeris, sed demum post 10. vel 20. annos facis quod iusserim: Quæritur an interim mandatum reuocatum intelligatur? De hac materia differunt DD. in *d.l.sancimus. ibi Angel.ante num.Castr.& Alex.num.3.Ias.num.1.vsq.6.*

Tamen si cum eiusmodi nuda voluntate lapsus decennii concurrat, prius testamentum tollitur ipso iure. *Castrens.d.§.si quid post.num.10.* Casus est vnicus in iure nostro & solennis *in d.l.sancimus.* teste Iasone *num.15.* Vt videlicet quæ non prosunt singula, multa iuuent. *Cyn. ibi nu.3. & omnes DD. Vasqu.de success.resol.libr.1.§.1.num.32. § 2.num.1.& 7. Quint.Mandos.in casibus annal.num.10. dicens omnes ita sentire.* Et hoc decennium incipit currere à die primi testamenti, non autem à tempore mutatæ voluntatis, secundum vltimam opinionem glossæ. r *gloss.ibi super verb.fuerit.* Quam sequuntur *Cyn. Angel. & alii magis communiter*, vt *Ias.loco relato* scripsit. Eandem magis communem dicit *Bened.d.verb.testamentum. el 2.num.8.* sequitur *Clar.§.testamentum q.91.num.3.& 4. Petr.Gregor.in syntagm.iur.lib.44.c.1.num.7. Sim.de Prat.de interpr.vlt.vol.lib.4. interpr.3.dub.2.num.79.cum seqq. Graff.§.testamentum.q.84.num.3.4.5.* Estque ratio decidendi euidens: quod iam olim solo decennii lapsu primum testamentum tolleretur, *per l.6.in C. Theodos.eod.tit.* Quod Iustinianus ita demum admisit, si cum temporis lapsu mutata voluntas concurreret.

r Sunt duæ opiniones in glossa: 1. Vna, quod decennium currat à die mutatæ voluntatis. 2. Altera, quod currat à die primi testamenti. 3. Vltra glossam aliqui sentiunt, non procedere textum *d.l.sancimus.* nisi primum elapsum sit decennium ante reuocationem.

Hanc tamen declarationem quintam duobus modis limitat *Ias. dict. l. sancimus. num.15.*

Hæc *l. sancimus.* omnibus notissima esse debet, quam miris laudibus DD. nostri extollunt. *Cyn.num.1.* dixit, multa bona notari ex illa lege. *Castrens.num.1.* Hæc lex (inquit) reputatur valde singularis & repetibilis: & *num.5.* commendat doctrinam Baldi ad textum, dicens, eam non reperiri alibi apud DD. quam ibi per Bald. & *in fin.* addit: tene menti hanc singularem legem. Iason autem solennem eam dixit atque singularem: & *num. 15.* casum illius legis vnicum esse ait.

Dicta tria insignia continet.

I. Est, quod testamentum perfectum hodie non tollatur solo temporis lapsu. Huc pertinet theorica: Quod non mutatur, quare stare prohibeatur?

II. Testamentum primum tollitur per secundum perfectum ipso iure.

III. Lapsu decennii & voluntate contraria in actis, vel apud septem, aut tres testes manifestata, primum testamentum tollitur.

Declara 6. Nam verbis fideicommissi institutis hæredibus hæreditas 11 adimi potest, etiam extra testamentum, *Cuiac. d.l.1. infr. his quæ in testa.del.* Ergo idem est, si in voluntate nuda reuocatoria adiiciatur clausula codicillaris. *Dilect. de arte testandi tit.10.caut.3.num.4.& caut.8.num.2.*

Septimo voluit declarare hanc materiam *Loriot.in apicib.loco relato, axiom.29.* Quod nudo verbo institutio quidem non reuocetur: etsi hæreditas institutis tanquam indignis auferatur. allegat *l. cum quidam.12.infr. his quib. vt indig.* qui textus in nuda voluntate non loquitur: & est contra Loriotum textus *in l.hæreditas.4.C.his,quib.vt indig.* Vnde apparet hæreditatem codicillis, aut nuda voluntate à pagano vlla ratione verbis directis adimi non posse, *Cuiac.l.1.infr.his quæ in testam.del.* Et quidem omnia breuibus hisce concludi posse videntur.

Hæreditas adimitur 1. eodem testamento, 2. vel alio iure perfecto, 3. vel extra testamentum verbis fideicommissi.

Non adimitur 1. codicillis, aut nuda voluntate à pagano vlla ratione verbis directis.

Non adimitur ipso iure 2. nudis verbis, ne quidem cum elogio, id est, si hæredem male

male de se meritum dicat. quanquam in eius locum fiscus vocetur, *l. hæreditatis. C. his quib. vt indig.*

Non adimitur 3. ipso facto (id est, ipso iure) puta inductione, deletione, sed hæreditariæ actiones denegantur. *l. 2. infr. his quæ in testam. del.* Hæc *Cuiac. d. l. hæredes palam. §. si quid post.* Idem *in l. 1. ad fin. & l. 3. infr. his, quæ in testam. del.*

De posteriori tamen membro vide *Bart. in l. 1. §. fin. infr. his, quæ in testam. del.* & quæ notant DD. *in l. nostram. C. eod. tit. ibi Alex.* dixit Bartolum plene loqui in illa materia. Porro si testator testamentum conscindat, & se intestato decessurum dicat, testamentum ipso iure tollitur, vt infra declaratur.

13 Non nudum verbum est, quando testator non simpliciter contrariam voluntatem declarat, sed hæredes indignos nominat. Nam hoc casu testamentum non rumpitur ipso iure, sed instituti adire possunt. Fiscus autem ipsis aufert hæreditatem, & legata soluit legatariis. Ita post Petrum docuit *Cyn. in d. l. nostram. nu. 3. ibi Alber. de Rosat. num. 2. Idem Alber. in d. § si quid post. nu. 2. per l. hæreditas. 4. vbi gl. ab omni. com. data. & Dd. ordinar. Odofr. nu. 6. referens se ad Ioann. & Azon. Cyn. nu. 2. Alb. Rozat. n. 3. Ang. n. 4. Cast. n. 4. Ias. num. 5. & reliqui. C. his quib. vt indign. Cuiac. l. 3. inf. his quæ in testam. del. Pet. Greg. in syntag. iur. lib. 44. cap. 1. num. 7.*

Declara hoc membrum, si videlicet appareat testatorem illa verba dixisse fauore cohæredis, vel venientium ab intestato. Nam tunc indignus, de hæreditate venientibus ab intestato restituenda, rogatus intelligitur. Excluso ergo fisco successio ad venientes ab intestato pertinebit, *P. de Cast. d. l. hæreditas. num. 3. Mantica de coniect. vlt. vol. lib. 8. tit. 1. num. 30. text. est in l. Papinianus 8. §. meminisse supr. inoff. testam. & not. in l. 1. nu. 134. infr. vulg. & pupill.* Qualem casum in terminis habui.

Quando autem testator post conditum primum testamentum ad factum contrarium processerit, porro distinguendum.

Nã aut quærimus de cancellatione, conscisione, aut simili aliquo facto, quod testamento condito est contrarium: aut quæstio tantum est de eiusmodi facto, quando testator post primum testamentũ aliud postea fecit.

Priori casu sic distinguitur.

Aut constat, quo fine testator testamentum consciderit, cancellauerit, induxerit, & voluntatem ipsius sequimur. Hæc est communis, *Clar. §. testamentum. quæst. 93. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 12. tit. 1. num. 81. Nepos à Monte Alban. de except. cap. 20. num. 15.*

Nam aut posterius testamentum ex interuallo conscidit, aut cancellauit, vt cum primo testamento decederet: & dicendum est, posterius testamentum nõ ipso iure, sed ope exceptionis tolli. Regulariter enim cancellatione testamentum paganicum tollitur tãtum ope exceptionis, non ipso iure. *gloss. d. §.* [s] *si quid post. verb omnia. ibi DD. & Cuiac. gl. in l. 1. verb. non valent. ibi Bart. in §. fin. & Cuiac. inf. his, quæ in testam. del. gl. l. cum quidam. verb. non valent. inf. his, quib. vt indig.* Et doctrinam Bartoli omnes commendant & sequuntur *in l. nostram. ibi Salyc. Alex. num. 2.* qui duobus modis limitat, & *Ias. num. 2. C. hoc tit.* & gloss. *d. l. 1.* cõmuniter à DD. receptam testatur *Vasqu. de success. creat. lib. 2 §. 17. n. 60. Grass. §. testamentum. qu. 85. num. 1. Cuiac. in l. 3. inf. his quæ in testam. del.* Vt proinde is, cuius nomen cancellatur, mero iure hæres maneat, *gl. d. §. si quid post. gl. d. l. cum quidam.*

[s] In *l. 1. §. sed consulto. inf. l. is quæ in testam. del.* dicitur: consulto deleta ope exceptionis tolli. *in leg. proxime. vers. sed nonnullos* dicitur, quod tollantur ipso iure. Accursius dicit *§. sed consulto.* loqui post testamentum completum, *l. proxime.* ante testamentum completum. Cuiac. in *d. l. proxime.* hoc reprehendit, & dicit, *d. l. proxime.* loqui, quando fisco hæreditas ipso iure vẽdicatur: Sed textum *§. sed consulto.* loqui de legatis. At *d. §. sed consulto.* hoc nõ probat. Quare retine sententiam Accursii, quam ita eleganter probabis, q. text. *in d. l. proxime.* in secunda parte agit de testamento conciso, in quo nomina deleta. De conciso, inquam, quod fuit perfectum: in principio à nihil dicit de concisione. Vt proinde ibi agatur de testamento, quod deletum, non concisum est, & proinde nondum consummatum fuit. Ipso tamen iure tollitur testamentum per incisionem iure prætorio. *Bologn. l. certum. n. 63. C. vnde legitimi.*

Alc-

Alexander limitat *poſt Angel.* I. in teſtamento militis. Nam militis cancellantis teſtamentum, iure militari factum, ipſo iure tollitur. II. limitat in teſtamento inter liberos cum ſolennitate, de qua *in Auth. quod ſine. C. h. tit. n.* facto. Nam non tollitur per cancellationem, neque ipſo iure, neque ope exceptionis. Hæc eſt ſententia Angeli, quam contra Caſtrenſem defendit *Alex. num. 2.*

Ergo ſi inſtitutus in primo, poſſideat: & inſtitutus in ſecundo, hæreditatem ab illo auocare velit: obſtabit exceptio. At omiſſa exceptione, iudex ſupplere non poſſet: ſed daret pro Actore ſententiam, *Bart. l. qui ex liberis. §. teſtamento. infr. bonorum poſſeſſ ſecund. tab. DD. in d l ſancimus. ibi Bald. num. 5. Angel. Salyc. num. 2. Bart. in l. noſtram. ibi Caſtrenſ. num. 2. C. h. eod. tit.* Et hæc exceptio non datur, niſi inſtituto in primo teſtamento. Nam per talem *t* cancellationem non deſtituitur poſterius teſtamentum, quo ad omnes. Vnde ſi ſcriptus in ſecundo teſtamento vellet auocare hæreditatem à venientibus ab inteſtato, vel ab extraneis, id facere poſſet, nec illi obiiceretur de cancellatione: quum teſtator poſterius teſtamentum non cancellarit niſi reſpectu inſtituti in primo teſtamento. *Angel. d. l. ſancimus.*

t Quæ ſcilicet fit reſpectu primi teſtamenti, nō in genere. Nam actus agentium non operantur vltra eorum intentionem.

At ſi inſtitutus in ſecundo teſtamento poſſideret, inſtituto in primo non daretur actio, quod voluit *gloſſ. Rayner. & Bart. d. §. teſtamento. Angel. d. l. ſancimus. ibi Salyc. num. 2. Alex num. 8.* Quanquam contrarium viſum ſit *Nicol. de Matarell. & Bald. in d. l. ſancimus. num. 5. 6 7. Fulgoſio & Caſtrenſi nu. 5.* Quod videlicet iure ciuili inſtituto in primo teſtamento tantum detur exceptio. Ex æquitate autem prætoria, quando teſtator ea mente incidit poſterius teſtamentum, vt cum primo decedat, primum teſtamentum, quo ad ius excipiendi atque agendi, reſurgat: Vt proinde hic poſſeſſ. ſecundum tab. locus neceſſario ſit, qua agnita, ſcriptus in primo contra ſecundum bon. poſſeſſ. hæreditatis petitionem habeat. Et hanc ſententiam non modo communem dicit *Bologn. l. certum. num. 62. C. vnde legitimi.* ſed & veram eſſe *Bald.* contendit loco relato.

Tum (1) quod Papinian. *in d. § teſtamento.* caſum irriti teſtamenti cum caſu rupti teſtamenti inter ſe æquiparauerit. At ſi is, qui ſe, teſtamento facto, arrogandum dederat, poſtea ſui iuris effectus, codicillis aut aliis literis, eodem teſtamento ſe mori velle declarauerit: Voluntas, quæ defecerat, iudicio recenti rediiſſe intelligitur: quo ad ius agendi & excipiendi, prout Papinianus non diſtinguit, & expreſſe probatur *in §. non tamen per omnia. Inſtit. quib. mod. teſt. infirm. Bald. d. l. ſancimus. num. 5. 6. Bolog. d. l. certum. num. 62.*

Teſtamento facto, Titius ad arrogandum ſe præbuit: (& ſic teſtamentum irritum eſt conſtitutum) ac poſtea ſui iuris effectus, vita deceſſit.

Scriptus hæres, ſi poſſeſſionem petat, exceptione doli mali ſubmouebitur: quia dando ſe ad arrogandum teſtator, cum capite fortunas quoque ſuas & familiam in domum alienam transfert.

Plane (hæc eſt limitatio præcedētis dicti) ſi ſui iuris effectus codicillis aut aliis literis eodem teſtamento ſe mori velle declarauerit: Voluntas quæ defecerat, iudicio recenti rediiſſe intelligitur. Non ſecus ac ſi quis aliud teſtamentum feciſſet: ac ſupremas tabulas incidiſſet, vt tabulas veteriores ſupremas relinqueret.

Nec putauerit quiſquam nuda voluntate conſtitui teſtamentum. (Hæc eſt obiectio contra pręcedentia, quod nuda voluntate non conſtituantur teſtamenta. Reſpondet autem Iureconſultus.)

Non enim de iure teſtamenti maxime (id eſt, præcipue quæritur. Non negat Iureconſultus de teſtamento quæri: quia Actoris intentione nō fundata, Reus abſoluitur: ſed

sed negat de eo maxime quæri) quæritur: sed de viribus exceptionis: quæ in hoc iudicio quanquam opponatur Actori: ex persona tamen eius, qui opponit, æstimatur.

Bartolus, vt dixi, textum accipit de instituto in primo testamento, possidente & excipiente.

Sed communis textum exponit de illo primo instituto etiam agente.

Fac illum agere: alterum, qui in secundo scriptus est, excipere.

Hic non maxime quæritur de iure testamenti.

Quia si Actor habet pro se testamentum non cancellatum, ipsius intentio satis fundata est, donec rei exceptione elidatur.

Non ergo hic aliter disputamus de iure testamenti.

Sed de exceptione maxime quæritur.

Quæ est exceptio? Respondeo. Reus excipit primum testamentum sublatum.

Hic duo consideranda: 1. ius personæ, vtrum illi hæc exceptio competat. 2. vis exceptionis.

Et prima quæstio est de iure personæ, cui hæc exceptio non competit: Reus, inquam, qui extremam defuncti voluntatem non habet, frustra excipit.

Quare ociosa est hic quæstio de iure testamenti, quam Papinianus clarius decidisset: si in ea causæ statum consistere intellexisset.

Adde quæ de hoc textu dico in sequentibus, *versic. declara 3. nam hac, &c.*

Tum (2) quod tria illa vitia iniusti, rupti & irriti testamenti, testamentum iure ciuili factum infirment: verum ad testamentum iure prætorio factum non pertineant: *Theophil. in Instit. h. eod. tit. § sed hac tria vitia.* id est, vt statim iniustum irritumve fiat, aut rumpatur testamentum, paratur tamen exceptio iure prætorio, quæ prorsus tollitur, accedente noua voluntate, *u* vt ostendit *Papinian. in d. §. testam.* Pro quo textu videndi *DD. in d. l. certum. ibi Bolog. loco relato. DD. in §. non tamen. ibi Vigli.* x *Hotoman. Myns. Schneid. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 11. num. 7. cum seq. §. 15. nu. 108. & de success. progress. lib. 2. §. 14. num. 113. de success. resolut. lib. 2. §. 15. num. 4. & lib. 2. illustr. controuer. cap. 64. num. 23.*

u Quando noua volũtate sit opus, declarat Mynsinger. *§. nõ tamen. Inst. quib. mod. testam. infirm.*

x Fris. *in paradox. lib. 2. cap. 7.* disputat c[ontra] Viglium.

15 Aut testator ideo conscindit, *y* aut cancellat testamentum, quod hæredes reputat indignos. Et hoc quoq; casu testamentum non tollitur ipso iure. Ideo institutus adire potest, sed fiscus illi hæreditatem aufert, *Bart. d. l. nostram. num 3. Castr. num. 2. Alex. num. 3. Bart. l. 1. §. fin. infr. his quæ in testam. del. Cuiac. in l. 3. eod. tit. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 12. tit. 1. num. 31.*

y Hic casus nullum dubiũ habet apud DD. Quid autem, si testator non conscindat testamentum, sed interrogatus, cur tale testamentum fecerit, stringit spatulas, & dicit: ego non possum plus, libenter mutarem, si non timerem. Et Bald. quidem existimat, illa verba hoc efficere, vt hæres reputetur indignus. Ita in *d. l. nostram. num. 9.* Dissentit autem Bart. Porro quando fisco locus sit, aut non sit, *vide infr. l. 1. n. 131. ff. vulg. & pupill. substit.*

16 Aut testator hoc facit ea mente, vt decedat intestatus: & testamentum ipso iure tollitur, *Bart. in d. l. 1. §. fin. infr. his quæ in testam. del. Castrens. in d. l. nostram. num. 2. per l. 1. §. pen. infr. si tab. testam. null ext. l. fin. infr. his quæ in testam. del.* Successio autem pertinet ad venientes ab intestato. *Ita DD. in d. l. nostram. ibi Salyc. num. 2.*

Vnde sequitur, maiorem inductionis seu conscisionis quam ademptionis, factorum quam dictorum vim esse. Vt proinde *Petr. Cyn. Alber.* in proposita distinctione, nuda testatoris verba seu ademptionem ab actu conscisionis, cancellationis, inductionis accurate distinxerint, *Benedict. d. verb. testamentum. el 2. num. 8.* quibus addatur *Loriot. de apicib. iur. tit. de testam. ordin. axiomate 28. Vasq. de success. creat.* y *libr. 2. §. 17. nu. 60. cum seqq. Idem de*

y Vasquius dicit, hoc esse mirabile, quod, expressa voluntate testatoris, prius testamentum non tollitur, quum tacita, id est, factum sufficiat. Respondet, hæc congruere cum regula: Nihil tam naturale, &c. *infr. R I.* Si feceris (inquit) corpus aureum, vel luteum, & illud iusseris esse infectum: tamen per hoc non dissoluetur, nisi manus admoueas. Quemadmodum enim ad eiusmodi opera hominis voluntas & actus corporis requiritur: ita eadem in dissolutione requiruntur. Id accommodat ad testamentum. Adde gloss. *in d. l. nostram.*

de success. resolut. §.1. *num.* 14. §. 2. *num.* 2. & 3. *Cuiac. in l.* 1. *ad fin. infr. his quæ in testam. delent. Petr. Greg. in syntagm. iur. lib.* 44. *c.* 1. *num.* 7. *Mant. de coniect. vlt. vol. lib.* 12. *tit.* 1. *num.* 27. 28. 29. 30. 31.

At si ignoretur, quo consilio testator dispositionem suam consciderit, induxerit, cancellauerit, DD. inter se contendunt. Nam *gl. in d. l. nostram. verb. non valere. prope fin.* voluit fauore legatorum fisco locum esse: quum fiscus ea regulariter soluat, z *l. cum fisco.* a 9. *infr. ad Senatusconf. Syl. l. cum quidam.* 12. *infr. his quib. vt indig. gl. in l. cancellauerat. infr. his quæ in testam. del.* Idem tradit *Cuiac. in l.* 3. *vers. at in dubio fiscus. eod. tit.* 17

z Ratio duplex: 1. fauor legatorum. 2. Quia in dubio is, cuius nomen cancellatur, præsumitur indignus. *dict. l. proxime. in secundo responso. d. l. cum quidam.*

a In *l. proxime. ad fin. inf. his quæ in testam. del.* Imp. Marcus decernit, hæreditatẽ suo cum onere fieri caducam, licet id decretum ibi mitiget. Sed Cuiac. dixit, id decretũ speciale esse: Regulariter enim fiscus præstat legatum.

At contrarium tenuit *Dyn.* quod in dubio venientibus ab intestato locus sit: quum in dubio nemo indignus præsumatur. Eum sequitur *Cyn. in d. l. nostram. num.* 3. Et hanc probant omnes, vt dicit *Bart. ibi num.* 3. *Castrens. num.* 3. Vt proinde communem *Bald. num.* 1. *Alberic. nu.* 4. imo magis communem perhibeant *Alex. num.* 3. Quam prolixa distinctione explicat & probat *Salyc. num.* 3. *Clar.* §. *testament. quæst.* 93. *Mant. de coniect. vlt. vol. lib.* 12. *tit.* 1. *num.* 31.

Quæ communis DD. sententia vera est, si testator tale aliquid faciat, quod totum testamentum, id est, tam institutiones quam legata concernat, vt, quia signa turbauit, *l. ad testium.* 22. §. *si signa. h. tit. n.* aut testamentum resignauit, conscidit, vel totum cancellauit, aut deleuit, vel alias solennitatem destruxit. Nam quum hoc casu dici nequeat, quod testator legata valere voluerit: merito res ad causam intestati reducitur.

At si tantum hæredis vel hæredum nomina cancellauerit, deleuerit, expunxerit, in dubio fiscus vocabitur, vt legata conseruentur. In ambiguo enim interpretandum erit, ea, quæ expuncta non sunt, deberi, *l. cancellauerat.* 2. *in fine. l. proxime.* 3. *ibi, sed nonnullos. & ibi, sed in re dubia. ibi Cuiac. inf. his quæ in testam. delen. d. l. cum quidam.* 12. *inf. his quib. vt indign.* Quæ intercident, si ad causam intestati res duducatur. Ita *in d. l. nostram.* tradunt *Bald. num.* 1. *Alberic. num.* 4. *Alex. num.* 3. *Ias. num.* 2. Idem in hoc postremo membro sensit *Cuiac. in d. l. proxime.* Et hanc distinctionem *Castr. ibi num.* 3. *Ioanni Andreæ, Albericus autem Oldrado* tribuit. sequitur *Clar. d. quæst.* 93. *in fin. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib.* 12. *tit.* 1. *num.* 31. *Graff.* §. *testamentum. q.* 85. *num.* 3.

Nota tres casus 1. causam intestati, 2. causam testati. 3. mediam viam, quando venit fiscus. Nam hæres ipso iure non desinit hæres esse: sed illi aufertur hæreditas, & legata præstantur à fisco.

Porro totum hoc membrum de conscisione, inductione, cancellatione testamenti, declara 1. vt, quæ hactenus dicta sunt, procedant, si testator consulto testamentum consciderit aut cancellauerit: aliud est, si constet casu, aut inconsulto contra testatoris voluntatem id factum. 18

Nam si tale aliquid accidat, mortuo testatore, postquam testamentum in iudicio sine defectu præsentatum est, tum & hæreditas ex eo iure ciuili adiri: *l. nostram. ibi DD. C. h. tit. l.* 1. §. *sed si legi. infr. his quæ in testam. delen.* & bon. possess. iure prætorio peti poterit, *l.* 1. §. *semel. infr. bon. poss. secund. tab. l. vnic. infr. si tab. testam. ext.* Neq; distinguimus hic, vtrum testamentum, vel linum, quo tabulæ ligatæ sunt, incisum aut tabulæ à muribus rosæ, *d. l.* 1. §. *si linum.* §. *si rosa. infr. bon. possess. secund. tab.* an hæredis nomen inductum sit, dummodo legibile adhuc sit: aut si legi nequeat, probari salem possit, *d. l. vnic. Castr. d. l. nostram. num.* 4. qui existimat hoc casu quoque remedium *l. fin. C. edict. D. Hadr. toll.* competere.

Verum

19 Verum ante productionem factam, distinguimus incisionem testamẽti à cancellatione, vel inductione.

Ad incisionem quod attinet, constat, si, viuo testatore, signa sint incisa per alium, aut fortuito casu tale aliquid acciderit, hæreditatem quidem iure ciuili adiri posse: *d. l. nostram.* bon. possess. peti non posse. *d. l. 1. §. semel.* Quod si post mortem tale aliquid acciderit, *b* etiam bonor. possess. dabitur. *d. l. vnic. ibi gloss fin. d. l. 1. §. semel. DD. in d. l. nostram. ibi Cyn. num. 1. Alex. num. 4. Loriot. de apicib. iur. tit. de his quæ in testam. delen. axiom. 1. 2.* licet *Ias. ibi. d. l. nostram. num. 2.* dissentiat.

b DD. comparant hic casus, vtrũ post mortem testatoris talia fiant, an vero postquam testamẽtum productũ est. Hanc sententiam tenet *gl. in d. l. vnic.* eam probat *d. §. semel.* Sed Iason ad hoc, vt detur bon. poss. requirit, vt & post mortem testatoris talia fiant, atque post ꝓductionem testamenti in iudicio factam. Vide eum.

At si nomina hæredum ita inducta sunt, vt legi possint, & iure ciuili adiri poterit hæreditas, & bon. poss. dabitur. *l. 1. in princ. inf. his quæ in testam. del. d. l. vnic. inf. si tab. testam. exta.*

Si legi non possint, *Cast.* idem obseruandum putat, dummodo qui hæredes scripti fuerint, probetur. At dissentit *Alex.* Verius est hoc casu inter ius ciuile & prætorium differentiam esse, vt si cõstet, qui hæredes scripti sint, adiri hæreditas iure ciuili possit. *d. l. 1. § sed si legi.* iure autem prætorio bon. possess. peti nequeat. *d. l. vnic.* atque ita post *Accursium* hos duos textus inter se etiam componit *Cuiac. in d. l. 1. versic. nunc dicendum est de his, quæ legi non possunt.*

Vbi non datur remedium Prætorium, ibi saltem iure ciuili adiri hæreditas potest. Agnitio bon. possess. necessario fit apud iudicem. Vnde si iudex videat testamentum incisum, bon. poss. non admittit. Aditio autem fit solo animo: ideo valet, quando testamentum erat perfectum tempore mortis testatoris. Iam oritur quæstio: Quid ergo erit in illis casibus, in quibus non potest succedi iure ciuili, sed tantum prætorio, vt in casu *l. posthumo. infr. in iust. rupt. testam.* & in aliis enumeratis per glossam magistralem *in l. fin. C. vnde legitimi?* Quid, inquam, erit in talibus casibus, signis turbatis, aut testamento casu fortuito, vel aliter contra voluntatem defuncti inciso? Respondet *Petrus* implorandum esse remedium Augusti, vt super hoc nouam legem condat. *l. cum de nouo. C. de legib.* sequitur *Cyn. Ang. Alberic. & Ias. num. 2. in fin. in dict. leg. nostram.*

20 II. Declara hæc, si dubium sit, vtrum quæ deleta, vel supra scripta sunt, testatoris voluntate emendata, vel ab alio inconsulte deleta sint. *l. si vnus. 12. in secundo responso. C. de testam.*

Nam si rasura, deletio, aut suprascriptio in loco minime suspecto sit, non modo petitorie agi potest, de quo inter DD. constat, sed & possessorie. Quæ est communis DD. sententia. Ita *Bald. in d. l. si vnus. ibi Alex. nu. 6. Ias. num. 6.* etsi post *Iacob. Butrig.* dissentiat *Bart. & Alberic. de Ros. num. 3.* De qua sententia videndus *Menoch. remed. 4. adipiscendæ. q. 84. num. 709.* vbi ample de hac materia disserit.

At si in loco suspecto fuerit, tum interlineatura, suprascriptio, aut rasura non vitiat testamentum: sed reddit illud suspectum. Ergo ad veritatis examen, & ad quæstionem recurritur: Vtrum talia facta sint, volente testatore, an non, consulto, an non. Ita *Bart. Angel. d. l. si vnus. ibi Bald. nu. 3. 4. 5. Castrens. num. 4. Alex. num. 5. 6. Ias. num. 6. Loriot. de apicib. iur. tit. his quæ in testam. delen. axiom. 1. 4.*

Et si quidem testamentum penes testatorem fuerit, præsumitur emendatio per illum facta, & consulto quidem, nisi quo ad libertates: Aliud si reperiatur penes tertium, secundum omnes. *Cyn. dict. l. si vnus. ibi Bart. num. 2. Bald. num. 7. Angel. num. 3. Salyc. num. 2. in fine. Ias. num. 6. 7. Loriot. loco relato, axiom. 2. & 3.* Et hinc DD. communem practicam concludunt, vt faciens testamentum ad euitandas omnes difficultates, adscribat quę interlinea-

lineata, rasa, cancellata sint in tali & tali loco, à se facta esse. Ita *Bart. numer.3.latius Alex.num.7.8. & Ias.num.9.* vbi hanc cautelam examinant. *Dilect. de arte testandi tit. 10. caut.4. & 6. num.4. Loriot. de apicib. iur. loco relato; axiom. 10.*

Declara 3. Nam licet isto casu, vbi signa ab ipso testatore, post perfe- 21
ctum testamentum, turbata sunt, testamentum ope exceptionis tollatur. *gloss. l. ad testium. §. si signa. ibi Alber. Imola & reliqui h. tit.* Si tamen testamentum resignauerit testator: subscriptiones autem testium non induxerit, illud iterum signari sufficit. *l. si testament. 23. ibi DD. infr. eod.* Tum (1) quod subscriptio præcedens trahatur ad diem testamenti completi, quod actus tunc celebratus intelligatur, quando completus est. *Bart. d. l. si testamentum. ibi Bald. nu. 1.* Tum (2) quod actus à nostra voluntate dependens, facilius renascatur, quam de nouo nascatur, *DD. ibidem.* Quanquam *Cuiac.* aliud esse testamenti signa turbari, aliud resignari testamentum, & turbatis signis, testamentum infirmari, resignatis non infirmari, censuerit hic. Necesse tamen erit, vt 1. testes conueniant: 2. & iidem sint, qui subscripserunt. *arg. l. singulos. 30. h. tit. Castr. h. ibi Imola,* qui ita hanc legem intelligi dicit, etsi alii aliter exponant.

1. Dynus putat, non esse opus, vt testes conueniant: 2. aliqui sentiunt, non esse opus, vt iidem testes adhibeantur, qui subscripserunt.

Quod si testator post primum testamentum ita ad factum processe- 22
rit, vt aliud testamentum condat, primum tollitur, quando cum duobus testamentis nemo paganus decedere potest. c *d. l. sancimus. ibi DD. C. h. tit. n. l. si quis priore. 29. infr. ad SC. Trebell. l. si iure. 19. infr. legat. 3. §. posteriore. Institut. quib. mod. testament. infirm.* dummodo secundum testamentum ita perfectum sit, vt ex eo hæreditas adiri aliquando possit, licet non adeatur: quia forte hæres noluit, aut ob conditionem non euenientem adire non potuit. *l. pater filio. 53. inf. hared. instit. l. cum in secundo. 16. inf. iniust. testam. d. §. posteriore.*

c Limita duob. modis, *vt per Euerhard. in loc. de tanquam. illat. 19.*

Aliud est, si testamentum tale sit, ex quo hæreditas adiri nõ possit. *Guilh. Benedict. in repet. c. Raynutius. verb. testamentum. el 2. num. 7. de testament. Dilect. de arte testandi. tit. 10. caut. 1. num. 1. Vasqu. de success. resolut. §. 1. num. 5. Clar. §. testamentum. quæst 96. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 4. interpr. 3. dub. 2. num. 35. & 41. Graff. §. testamentum. q. 84. num. 1. q. 86. num. 3. Petr. Greg. in syntag. iur. lib. 44. c. 1. num. 7.* d

d Ergo si non adeatur hæreditas, paterfamilias intestatus erit. *Petr. Gregor. hic.*

Recte ergo *in d. l. nostram. Petr. à. Cyno num. 3. & Alber. num. 5.* reprehensus est, quod opinionis errore lapsus existimarit, posteriore testamento, etiam ratione voluntatis imperfecto, aut primum testamentum, aut ad minus legata tolli, iuxta distinctionem ipsius à Cyno & Alberico relatam. Tum enim primum testamentum, etiam quo ad legata, reuocatur, si secundum valiturum sit, ita vt ex eo hæreditas adiri possit. Neque iuuat *Petrum l. militis 37. §. veteranus. infr. milit.* e *testament.* Quum ibi expressa contraria, & ratione voluntatis perfecta sententia testatoris fuerit, vt *Cyn. & Alber.* resoluunt.

e Etiam minus solennis volũtas tollit legata. Quod verum, si voluntas illa sit expressa, vt, si testator dicat, se nolle testamentum valere. Ita loquitur *d. §. veteranus.* At aliud est, si testator secundum testamentum confecturus, id non perfecerit. Nam hæc est tacita & imperfecta voluntas, quæ nihil operatur: quum iura requirant, vt secundum testamentum fuerit valiturum, ita vt ex eo hæreditas adiri potuerit. Sed dicat aliquis: an non maior est vis facti, quam nudi verbi? Respondeo, verum est in facto: 1. destructiuo, quod immediate testamentum destruit: 2. & perfecto. At alia hæc materia est, vbi quæritur de secundo testamento. Quare & DD. circa distinctionem Petri hoc membrum de facto distincte tractant: Vtrum procedatur ad factum cancellationis, concisionis, deletionis, vel ad aliud factum destructiuum, an procedatur ad factum alterius testamenti conficiendi. Nam si testator moriatur ante testamentum perfectum, dispositio ratione voluntatis imperfecta erit.

Et

Et hanc sententiam amplia 1. quod prius testamentum posteriore, ipso iure tollatur. Ita probatur *d. iurib. & tradunt DD. in dict. leg. sancimus.* Neq; obstat *d. l. qui ex liberis. 11. §. testamento. infr. bon. poss. secund. tab.* Nam ex quinq; solutionibus *in glossa* datis, quas etiam *Salyc. nu. 2.* refert, quarta recepta est: quod videlicet per secundum testamentum ibi sit sublatum primum: & in hoc conueniat textus *d. l. sancimus. cũ d. §. testamento.* Sed postea insciderit testator secundum testamentum, vt reconualesceret primum. Ita *Bart. in d. §. testamento. nu. 3. DD. in d. l. sancimus ibi Angel. Castr. nu. 5. Salyc. nu. 2. Ias. nu. 15.* Et hunc intellectum verum & à glossis atq; DD. communiter receptum esse, dixit *Alex. num. 7.*

De textu §. *testamento.* dixit *Cyn.* glossam vadere vacillando: ipse vero rem non explicat. *Angel.* ait: hunc textum turbasse spiritum glossatorum. Recte autem scribit *Castrens. num. 5.* glossam multum laborare super *d. §. testamento.* qui tamen non meruerit allegari. Nam ibi primum testamentum per secundum solenne fuisse ipso iure sublatum: Et sic non contradicere *text. d. l. sancimus.* sed concordare. Quæstionem autem ibi esse, si postea secundum testamentum cancellauerit testator, & voluerit decedere cum primo, an primum reconualescat; & dicitur ibi, quod sic, ope exceptionis, &c. Habet autem textus ibi duos casus: Primus nihil facit, vt *Cyn. Angel. Ias.* recte annotarunt. Secundus etiam nil facit, neque pro, neque contra, vt *Ias. num. 15.* loquitur. Nam ibi textus præsupponit quod testator fecerat primum testamentum, & deinde secundum: An vero secundum tollat primum? Textus nil dicit: neque de hoc est quæstio: Ergo ad hoc thema textus trahendus non est. Sed postea subiungit: si testator inscidat testamentum secundum, vt primum valeret (ex quo primum erat sublatum per secundum) non resuscitari primum ipso iure, sed ope exceptionis. Et sic non contradicit, sed concordat cum *d. l. sancimus.* Ita *Ias. d. l. sancimus. num. 15.*

DD. vt dixi, approbant quartum intellectum, cum quo tamen *Salyc.* quintum & vltimum coniungit. Aut, inquit, testator inscidit secundum in continenti, quum fuit lectum in præsentia eorundem testium. Tunc quia illud secundum testamentum non fuit habitum pro consummato, non tollitur primũ, *vt in d. l. sancimus. in vlt. solutione.* Aut inscidit ex post facto, & tunc, cum primum fuerit sublatum, non resurgit per incisionem secundi, sed secundum tollitur per exceptionem, secundum communem DD. opinionem, vt notatur *in l. nostram. h. tit.* Ita *Salyc.* Dixi hac de re supra.

23 Amplia 2. Nam si duo vel tres, aut maritus & vxor simul testamentum faciant, vnus, quo ad suam hæreditatẽm, aliud testamentum condere, & sic posteriore testamento primam voluntatem reuocare potest, etsi alter non consentiat. *Vasqu. de success. resolut. lib. 1. §. 1. num. 10. 11. 12. Pec. de testam. coniug. lib. 1. cap. 43. nu. 1. & 2. (editione nouissima.)* Et ita pronunciat Camera. *Mynsing. obserua. 8. cent. 1. Andr. Gail. obseruat. pract. lib. 2. obseruat. 117. num. 2. Grass. §. testamentum. q. 87.*

Ex qua ampliatione infertur ad pacta coniugum dotalia respectiua, so in vim Contractus nicht können erhalten werden / als da die Erbschafft auff den todts fall darinnen vermacht. Nam tales dispositiones, quatenus vim vltimę voluntatis habent, reuocabiles sunt. Ita decidit *VVesenb. cons. 63. nu. 9. in fin. ex Constitut. Saxon. part. 2. c. 43. Iac. Rig. de vnione prolium c. 10. nu. 13.*

24 Amplia 3. & 4. Nam primum testamentum reuocatur per secundum, etsi testator iurasset, se illud non esse reuocaturum. *Bald. Auth. hoc inter. num. 3. ibi latissime Alberic. num. 2. cum sequenti. Angel. num. 2. C. eod. Conarr. ad rubr. part. 2. num. 9. de testam. Clar. §. testamentum. quæst. 94. num. 3. 4. 5.* aut dixisset, se in euentum, quo reuocaret, donare hæredi omnia bona. *Dilect. de arte testandi. tit. 10. caut. 1. Clar. §. testamentum. quæst. 95. Grass. §. testamentum. quæst. 88.* Quos duos casus plene explicui ad definitionem testamenti, circa illam regulam: Quod voluntas vltima sit ambulatoria: ampliat. 4. illatione 2. & ampliat. 5. illat. 1.

Amplia 5. Nam alio testamento facto, omnia, quæ in primo disposita sunt, etiam contractus *f* annexi, qui in testamento fieri possunt, & res cum fructibus, si testator aliquid in vita sua tradidisset, reuocantur, quod (quo ad contractus reuocationem) nouum, verum & multum notabile dictum esse ait *Bald. in l.n. h.tit.§.fin. num.3.* & plurimum commendat *Ang. ibi.* Quæ tamen intelligenda, vt *in §. fin. huius textus* explicabitur. *Bened. d. verb. testamentum. el 2. nu.5. Mant. de coniect. vlt. vol. lib.12. tit.1. num.36. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib.4. interpr.3. dub.2. num.39.* 25

f Contractus a testamento facti tenent, nisi testamentum reuocetur. Nam tunc & illi reuocati intelliguntur. Vide *Bald. Castr. Ang. in d.§ fin.* Sed quid, si testator in vltima voluntate cōfiteatur, se debere Caio 100. an reuocato testamento, & illa cōfessio reuocetur? tene, quod non *Alber. ibi.* Si videlicet præsenti & acceptanti, aut iurato facta sit. *Ioann. Gutier. de vlt. volunt. part.2 c.1. n.9.10. & cap 6. nu.5. adde not. in l. verbarum 1. C. eod.*

Amplia 6. etsi primum testamentum apud acta, vel coram Cæsare factum atque consummatum esset. *Benedict. d. verb. testamentum. el 2. num.5. Clar. §. testamentum. quæst.94. num.2. Vasq. d. §.1. nu.17.* Imo ne quidem priuilegio principis fieri potest, quo testamentum vt testamentum irreuocabile fiat, vt recte docet *Benedict. d. verb. testamentum. el 2. num.25.* etsi dissentiat post alios *Couarru. ad rubr. part.2. num.2.3.4.5. de testam.* 26

Amplia 7. etsi statutum primum testamentum reuocari prohiberet. *Benedict. d. verb. testamentum. el 2. num.5.* 27

Amplia 8. etsi primum solenne in scriptis, posterius autem nuncupatiuum esset. *Vasq. de success. resolut. lib.1. §.1. num.28.*

Amplia 9. etsi posterius valeat iure speciali tantum. *Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol lib.4. interpr.3. dub.2. nu.37.* Quæ est materia *l. hac consultissima. §. ex imperfecto. & § pen. ibi gl. verb. sancimus. C. h. tit. n.*

Amplia 10. etsi primum fuerit consensu hæredum firmatum. *Sim. de Prat. loco relato, num.38.*

Amplia notabiliter 11. etsi de primo nulla sit mentio facta. Nam nihilominus per secundum tollitur primum. *Benedict. d. verb. testamentum. el 2. num.7. Petr. Gregor. in syntagm. iur. lib.44. cap.1. num.10.* Quæ est receptissima DD. sententia, *vt per Zunt. in responso pro vxore, num.589. Graff. §. testamentum. q.86. num.1.* 28

Porro hanc ampliationem duobus modis limitat *Benedict. loco relato, num.9. & seq.*

Primo enim hæc ampliatio limitatur, vt non procedat: si in primo testamento sit posita clausula cassans & derogatoria. Solent enim viri prudentes cum clausula derogatoria facere testamenta, ne scilicet instigationibus & deceptionibus consanguineorum & aliorum in mortis articulo inducantur ad faciendum aliud testamentum. *l. Dinus. 6. § licet. infr. iure codicill. l. si mihi & tibi 12. §. in legatis. infr. legat.1. l. si quis in principio testamenti. 23. in princ. infr. legat.3.* quanquam interdum etiam per Notarios talia addantur, puta, in testamentis mulierum & aliorum hominum, quibus vis huius clausulæ ignota est. Et talia quidem testamenta regulariter non reuocantur per posterius, nisi in posteriori de primo testamento & prædictæ clausulæ mentio fiat, quod explicant *DD. in d. l. sancimus. ibi Alberic. num.7.* dicens hanc communem. *Ang. & Salic. num.6. & 7. Ias. nu.7. cum seqq. Roland. de vltim. vol. rubr.32. nu.2.* & habet etiam iuramentum vim clausulæ derogatoriæ. *Benedict. d. verb. testamentum. el 2. num.19. Clar. §. testamentum. q.94. num.5. Sim. de Prat. d. dub.2. num.72. Petr. Greg. d. cap.1. num.12. Graff. § testamentum. quæst.87. num.3. Dyn. in cap. quod semel. de reg. iur. in 6. Couarru. latissime d. rubr. part.2. num.19. Dilect. de arte testandi. tit.10. caut.1. Clar. §. testamentum. q.99.* quam veram & communem dicit *Vasqu. d. §.1. nu.29* sequitur *Mant. de coni. vlt. vol. lib.12. tit.8. nu.3. Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib.4. interpr.3. dub.2. per tot. Petr. Greg. d. c.1. nu.12.13.* Hanc tamen fallentiam *Ias. d. l. sancimus. n.7.*

vsque 15. quindecim, *Benedict. autem loco relato, num. 18. vsque 24.* decem modis sublimitat. Quibus addatur *Mant. lib. 12. tit. 8. per tot. Sim. de Prat. d. dub. 2. num. 87. cum seqq.*

Secundo limitat *Benedict. loco relato, num. 10. cum seqq. per Auth. hoc inter. C. testam.* quando primum testamẽtum in scriptis esset conditum inter liberos. Nam illud intelligitur habere clausulam derogatoriam. g Ideo in secundo de eo clara mentio facienda est: & hæc est communis DD. sententia, vt per *Clar. §. testamentum. q. 98. plures cumulat Mant. lib. 6. tit. 2. num. 19. & seqq. Sim. de Prat. d. dub. 2. num. 3. 4. Graff. § testamentum. q. 86. num. 5. 6. 7. 8.* etsi dissentiat *Vasqu. d. §. 1. num. 17.* Et quæ requisita necessaria sint ad hoc, vt *d. Auth.* obtineat, docet *Benedict. loco relato. Petr. Gregor. d. c. 1. nu. 10. Sim. de Prat. d. dub. 2. num. 22. cum seqq.*

g Sed vtrum testamentum inter liberos cõditum intelligatur habere clausulã derogatoriam ad præcedentia testamenta, sicut habet ad sequentia, tradit idem Mantica *libr. 6. tit. 2. nu 20. cum seqq.* Vide quod dixi ad *Auth. hoc inter. C. eod.*

29 Amplia 12. etsi in primo 20. testes, in secundo autem tantum 7. adhibiti sint. Sufficit enim ordinariam testamentorum solennitatem adhiberi. *Couarr. d. rubr. part. 2. num. 1. Graff. d § testamentum. q. 86. num. 2.*

Amplia 13. in casu *l. si quis priore. 29. infr. ad SC. Trebell. & §. sed etsi quis. Institut. quib. mod. testam. infirm.*

30 Limita hanc regulam vltra alias declarationes, supra circa definitionem testamenti propositas, I. Si testator per errorem secundum testamentum fecerit, puta, existimans scriptos in primo testamento iam mortuos esse. Tunc enim locum habet decisio *l. fin. infr. hered. institu. Ita post Petr. Cyn. & Alberic. d. l. nostram. ibi Angel. num. 1. Benedict. d. verb. testamentum. el 2. num. 4.*

31 Declara 2. Nam si in secundo testamento scribantur hæredes, qui institui non possunt, institutio nõ valet, neque superius testamentum rumpitur: hæredibus tamen vt indignis, qui non habent supremam voluntatem, hæreditatem aufert fiscus. *l. cum quidam. 12. infr. his quib. vt indignis.* Et hoc casu institutum in secundo, mero iure hæredem esse, & primum testamentum ipso iure reuocari, *Petr. Cyn. Alberic. locis relatis tradunt, & gl. d. l. cum quidam. verb. non valeat.*

32 Declara 3. Nam per secundum testamentum nullum præteritione, non tollitur primum, quo ad institutionem, quia hactenus posterius non valet, sed quo ad legata & fideicommissa. Legata vero vel fideicommissa relicta in secundo, debentur ab hæredibus scriptis in primo. *Sim. de Prat. d. lib. 4. interpr. 3. dub. 2. num. 45.*

33 Declara 4. Nam duobus testamentis exstantibus, si plane ignoretur, quod prius aut posterius sit, neutrum valebit. Quam limitationem tradunt DD. *in l. hac consultissima. §. fin. C. de testam. Alber. Ros. num. 22. C. nouo C. fac. vbi se remittit ad plene notat. in l. fin. C. edict. D. Hadrian. toll.* & pulchre explicat *Achilles Person. de adipis. poss. num. 399. Benedict. d. verb. testamentum. el 2. nu. 27. cum omnibus seqq.* vbi hanc tandem quinq; modis sublimitat h *Petr. Greg. d. c. 1. nu. 9. Clar. § testamentum. q. 100. Graff. § testamentum. q. 91.* i

h *Declara etiam vt infr. l. vnum testamentum. 24. h. t. n.*

i Si eiusmodi testamenta ab vno notario confecta sint, ad ordinem scripturæ, ex protocollo tabellionis apparẽtem, recurrimus. *Alber. loco relat. ibid. Castr. num. 11.*

34 Declara 5. Nam licet testator post primum, secundum testamentum facere, & proinde Notarius primum testamentum mandato testatoris cancellare possit: id tamen in totum delere, vt videlicet legi porro nequeat, aut dilacerare non debet. *Benedict. d. verb. testament. el 2. num. 6. Sim. de Prat. d. dub. 2. num. 53.*

35 Declara 6. Nam testamentum solenne potest infirmari per codicillorum interuentum, si testator filio instituto, extraneum pupillariter substituat, demũ autem in codicillis illam substitutionem reuocet, & substituat

venientes ab intestato. Nam etsi regulariter hæreditas neque dari, neque adimi codicillis possit: *l. 2. C. codicill.* §. *penult. Instit. eod.* Data tamen extraneis, fauore venientium ab intestato, minus solenni voluntate adimi potest. *d. l. hac consultissima.* §. *si quis. ibi Bart.* k *nu. 3.* qui se ita contra omnes sapientes conclusisse dicit. Idem *Bart. in l. 2. per illum text. nu. 1. infr. iniust. test. l. militis codicillis. num. 2. infr. testam. milit. Bartolum sequuntur relati per Benedict. verb. testamentum. el 1. num. 80. Vasq. d. §. 1. num. 34.* Contra *Bart.* autem tenet *Bald. in l. filii. num. 7. ibi Salycet. num. 5. C. famil. herciscun. Ang. in l. fin. num. 2. 3.* vbi pulchra inductione Bartolum refellit. *C. eod. Ludouic. Roman. consil. 179. num. 12. 13. 14.* qui contra Bartolum veritatem & communem DD. opinionem esse dixit: De qua sententia circa *l. hac consultissima.* §. *ex imperfecto. C. eod. ibi* aliquid D. V. dicetur.

k Bartol. mouetur textu *dict.* §. *si quis.* & *l. 2. ff. iniust. testament.*

Exceperunt alii contra Bartolum: hæc iura loqui, si aliquis voluit testari, & non seruauit solennitatem. At aliud esse, si quis voluerit codicillari, quum codicillis hæreditas neque detur, neque adimatur.

Replicauit Bartolus: Non distinguendum codicillum a testamento, vbi sufficiat imperfecta voluntas, vt in milite, qui codicillis hæreditatem dare possit. *l. militis codicillis. in princ. ff. milit. testam.* Et ita Bart. obtinuit.

Hinc alia paradoxa DD. exstruunt, quod in dispositione paterna non distinguatur codicillus à testamento: quia dato vno inconuenienti, sequuntur infinita. Bartoli sententia, licet à multis recepta, periculosa.

1. Quia fundamentum, quo nititur, loquitur in casu speciali, id est, de milite. Ergo ius commune in contrarium. Et est maxima differentia inter patrem & militem.

2. Quia etiam in materia testamenti paterni distinguitur testamentum à codicillo. Vt proinde multo magis sit distinguendum in materia *d. §. si quis autem.* & *d. l. 2.*

Declara 7. Nam licet ad hoc, vt prius testamentum per posterius tollatur, testatoris dispositionem perfectam, ac proinde expressam esse oporteat: quum testamentaria successio dispositiua testatoris voluntate nitatur: Tamē pluries dispositioni priori, etiam per posteriorem tacitam voluntatem derogatur. Nam qui aliquid in testamento suo non necessarium addendi animum habuit, neq; tamen, quum eius rei facultatem haberet, quicquam addidit, sed sciens prudens id, quod facere poterat, neglexit, addendi animum abiecisse intelligitur, siue id voluntatem testatoris concernat, puta, quia ita scriptum est: ille hæres esto secundum conditiones infra scriptas: quum nihil infra scriptum sit. *l. pen. C. instit. & substit.* aut ita, ex partib. quas asscripsero, hæredes sint: quum nullæ sint asscriptæ. *l. 2. inf. hæred. instit.* siue solennitatem non necessariam respiciat: Vt quia pater aut miles secundum priuilegia sua testati, iuris quoq; communis se solennitatem adhibituros protestantur. *l. 3. infr. mil. test.* vel quia testator non aliter codicillos, quam sua manu signatos, valere vult. *l. Diui. 6.* §. *1. inf. iure codicill.*

Hisce enim omnibus casibus testatoris dispositio valet.

Tum (1) quod per posteriorem tacitam voluntatem priori intelligatur derogatum.

Tum (2) quod testamentum eius imperfectum esse dicatur, qui cum addendi animum haberet, repente obmutuit, atq; ita exanimatus addendi facultatem non habuit. Ex quo à contrario infertur, perfectum eius testamentum habendum, qui cum addendi non necessaria, &, præsertim superuacaneas solennitates, animum haberet, nihil tamen addidit, etsi facultatem id faciendi habuerit.

Tum (3) quod istis casibus, vbi nihil deest substantiæ, de adminiculis non multum curandum sit.

Tum (4) quod testamentorum solennitas non ex testatoris intētione, sed ex regulis iuris æstimāda sit. Quam materiam *Dn. Hotom. consil. 54. 55. 56.* eleganter pertractat. Addantur illi, quos refert *Graff. §. testamentū. q. 12. n. 4.*

Hæc notanda ad disputationem, an & quando testamentum ratione voluntatis perfectum esse intelligatur.

§. in

§. *in testamentis.*

36 *In testamentis testes rogandi.*

36 In testibus testamentariis tria necessaria esse, supra dixi, 1. vt idonei, 2. competenter testamento adhibiti, 3. vt 7. numero sint.

Hic textus 1. vult, quum testes rogati adesse debeant, vt testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos, ad testamentum non esse idoneos. 2. Quod tamen limitat, & sic accipi vult, vt, licet alia de causa sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur, ad testamentum se esse adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere dicat.

Huic textui opponitur *l. ad fidem. 11. sup. de testib.* vbi testis etiam non rogatus probat. Ita dicitur in vltimis Voluntatibus etiam non rogatus probare. *l. fin. in fin. C. codicill.*

Respondet *Bart. hic. num. 1.* regulariter testem non rogatum probare. *d. l. ad fidem.* etiam in vltimis voluntatibus, vt est codicillus. *dict. leg. fin. in fin.* à qua tamen regula excipiatur casus noster, vt diserte dicitur *in d. l. fin.* cum aliis tribus casibus notatis *per gl. in d. l. ad fidem.*

Sed aliquibus videtur hodie semper testes rogandos, vt notat *gloss. d. l. ad fidem. adde Castrens. h. num. 5. per textum elegantem in §. & licet dudum. ibi, hac autem inania. cum vers. seq. in Auth. de testib. vnde sumpta Auth. rogati. C. eod.*

Ex hoc textu inferunt DD. 1. si testis dicat aliquem fecisse testamentum, & non addat se rogatum, quod nil probet. *Ita post Bart. Castrensis h. num. 1. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 2. tit. 11. num. 8.*

Hinc inferunt 2. si in testamento dicatur, talibus testibus præsentibus, nec dicatur rogatos, id non sufficere: quum non præsumantur rogati. l *Bart. post Dyn. num. 5.* Et hanc videri communem dixit *Castrens. num. 2.* Ipse autem contrarium tenet. Nam pro substantia testamenti testes exiguntur rogati. Quare si Notarius dixerit, aliquem fecisse testamentum coram testibus, omnia in rem præsentem necessaria dixisse videtur. Ita ille, aliud inquiens esse in testibus.

l An autem Notarius rogatus præsumatur, *Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 12.* exponit.

Deinde notentur verba textus, ibi, *rogati vel collecti.* Inde enim inferunt DD. si Notarius scribat aliquem fecisse testamentum, illis testibus conuocatis vel adhibitis, id sufficere. *Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 13. num. 80. vers. quarto limita. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 11. num. 13.*

Sunt & illa verba notatu digna, ibi, *si tamen ante testimonium certiorentur,* &c. Vult textus testes esse rogandos: addit tamen, posse eos testimonium suum recte perhibere, licet ad aliam rem sint collecti, si ante testimonium certioretur. Inde enim colligit *Imola h. nu. 10.* rogare esse in nostra materia certiorari, vt videlicet non tanquam in transitu audiant, sed 1. sciant, qua de re agatur, 2. intersint, 3. & sint attenti. *d. §. & licet dudum.*

Præterea obseruandum, et si aliquibus visum sit, testes tantum in testamento solenni in scriptis, non in nuncupatiuo rogandos. *Additio ad Castr. h. verb. rogatio.* Hanc tamen sententiam iure defendi non posse.

Primo enim *text. n. h.* indistincte loquitur. Imo ex principio huius *l. hæredes palam. & ex §. 1.* patet, Iureconsultum de vtroq; testamento agere, quemadmodum & *§. fin.* ad vtrumque testamentum pertinet. Ergo absurdum foret, textum indistincte loquentem distinguere, & solum hunc textum ad testamentum solenne in scriptis coangustare velle: cum tota lex in principio & fine de vtroq; testamento agat.

Secundo huic sententiæ clarissime refragatur textus *d. l. hac consultissima. §. per nuncupationem.* cuius hæc verba sunt: Per nuncupationem quoq; testamenta non alias valere sancimus, quam septem testes (vt supra dictum est, *id est, in princ. textus*) simul in vno eodemque tempore collecti testatoris voluntatem audierint.

Requirit textus in nuncupatiuo quoque testamento, vt septem testes sint collecti, qua phrasi *textus n. h.* quoq; vtitur: & ne aliquid ambiguitatis relinquatur, requirit textus, testes collectos esse, vt supra dictum sit, id est, quemadmodum in principio illius legis circa testamentum solenne in scriptis expositum sit.

Vnde liquidissimum euadit, Imperatorem hic testamentum solenne & nuncupatiuum æquiparare.

Tertio cum hac doctrina pugnat *d. l. fin. in fin. C. codicill.* In omni autem (ait Imperator Theodosius) vltima voluntate (excepto testamento) quinque testes vel rogati, vel

qui fortuito venerint; in vno eodemque tempore debent adhiberi. hic excipitur testamentum indistincte. Idemq; clarissime etiam probat *Auth. rogati. C. de testib.*

Quarto denique hæc sententia communis est, vt notat *gl. in §. fin. verb. adhibitis. Institut. h. tit. de testam.* ibi illam probant *DD. & Vigl. num. 7.*

Vltimo hunc textum *Castrens. h. num. 5.* ad quæstionem illam ponderat, si Reus sine citatione reperiatur in palatio, vtrum teneat Processus, dato libello, & Reo sine contradictione respondente.

§. *fin.* m

m Vtrum testamentum vno contextu factum sit, an non, præcipue à conclusione pendet. Vide singularem doctrinam *Caroli Molinæi supra citatam in l. 1. §. si quis. num. 11. 12. infr. verbor. oblig. Hotom. cons. 54. n. 9.*

n Ratio quæstionis est: quia vno cōtextu testari est nullū actū extraneum intermiscere, vt hic. At contractum actum extraneum esse constat.

37 *Testamenta vno contextu facienda.* *In testamento contractus fieri possunt.*

Textus dixit, vno contextu actionis testamenta esse conficienda. Glossa *verb. alienum.* tradit duas exceptiones: 1. casum necessitatis *per l. casus. & l. cum antiquitas. C. hoc tit.* 2. si superabundans cautela adhibeatur. *l. testamentum. 17. C. eod.* 37

In fine quærit: Quid, si in testamento dicam: Vendo, vel dono tibi rem talem pro centum, & tu consentis? Respondet glossa, valere venditionem *per l. assignare. 7. infr. assignan. liber.* Hæc solennis & omnium prope scriptis atq; allegationibus decantata sententia est, cuius materiam paucis explicabimus.

Quærit gl. hic: n Vtrum in testamento contractus fieri possit? Et concludit, quod sic. Eam Bartolus menti tenendam dicit: & omnes vbique DD. plurimum commendant. & sequuntur Tiraquell. *ad l. connubial. gl. 5. n. 101.* pro cuius fundata resolutione sic distinguit *Lud. Rom. cons. 293. nu. 2.*

In hac disputatione tres opiniones reperio:

PRIMA est glossæ hic, quod non modo contractus (de quo nullum dubium est) sed & testamentum valeat. Hæc est communis, imo receptior DD. sententia. Et ratio decidendi adfertur: quod contractus actus modicus dicatur: *l. duos. 6. §. fin. infr. duob. reis.* Actus autem modicus (quanquam superfluus) neque contractum vitiat, *l. quæ extrinsecus. 64. infr. verb. oblig.* neque testamentum. *l. testamentum. 17. C. hoc eod. tit. Ita DD. hic. DD. in l. cum antiquitas. C. eod. Loriot. de apicib. iur. tit. de testam. ordinand. axiom. 25.*

SECVNDA opinio distinguit.

Nam quum alienus & extraneus actus testamento intermisceri non debeat: hinc ergo censent DD. ita demum in testamento contractum fieri posse, si is ad testamentū aliquo modo pertineat: non si prorsus extraneus sit.

Ita iura nostra volunt 1. assignationem libertorum in testamento fieri: 2. pignus constitui: 3. iniuriam remitti: 4. mortis causa donationem fieri: 5. hæredes testando & codicillando hæreditatem adire, ac proinde quasi contrahere: 6. & duos Reos in testamentis constitui posse, prout ad hoc ipsum iura mox adducuntur. Et hæc cumulauit *Loriot. loc. relat. axiom. 24.*

TERTIA demum opinio est Viglii, dicentis, nullam legem in iure exstare, quæ contractum in testamento factum comprobet. Ipse ergo contra præcitatas duas opiniones nititur.

Primo pro illo adduci potest *text. n. h.*

Nam Iureconsultus clare dicit: Vno contextu illum testari, qui nullum actum alienum testamento intermiscet. Alienum autem actum contractum esse constat: quum naturæ testamentorum, quæ variabilis est, repugnet.

Secundo, bonus est textus *in dict. leg. cum antiquitas.* vbi Imp. actus necessarios à superfluis distinguit: & clare non necessaria ab actu testandi remouet: & addit rationem: quod causa subtilissima proposita, ea quæ superflua sint, nullo modo intercedere debeant.

Ad fundamenta autem primæ opinionis, puta, ad textum *d. l. duos. §. fin.* responderi potest, illum textum prorsus contrarium probare eius, ad quod adducitur. quod etiam *Alexand.* obseruauit. Vult ibi Iureconsultus modicum actum ita demum non vitiare, si is contrarius obligationi non sit, id est, si extraneus & alienus non sit, vt ibi recte glossa exponit.

Clare ergo hic textus vult, si actus etiam modicus contrarius obligationi intercedat, quod constitutio duorum Reorum vitietur. At contrariam esse naturam contractuum naturæ testamentorum constat.

Ad

Ad *l. testamentum.* parata est responsio, quod ille textus loquatur in superflua cautela ad testamentum pertinente. At contractus à natura testamenti est alienus.

Ad *leg. quæ extrinsecus.* etiam plana dari potest responsio: quòd ibi Iureconsultus non loquatur de actu aliquo contrario intercedente: sed de pauculis ociosis verbis: vt, si quis responsurus dicat: arma virumque cano: respondeo. Et inter otiosa atque superflua verba, atque actus contrarios etiam distinguit glossa *in d. l. cum antiquitas. verb. superflua.*

Ad fundamenta secundæ opinionis respondet *Vigl.* in omnibus iuribus, ad quæ Aduersarii sese remittunt, nullum actum extraneum seu contractum esse, qui cum aliquo sit celebratus, sed tantum testatoris voluntatem fuisse expositam, quod testamento propriè conueniat.

Distinguens opinio probabilior, quod videlicet contractus quoquo modo ad testamentum pertinens, in testamento fieri possit. Quid autem seruetur, videbimus.

Aut per contractum libertas vltimi iudicii infringitur: puta, testator dicit, se omnia bona donare hæredi in eum euentum, si aliud testamentū condat. Et constat, hunc contractum non valere. Ita rectè docet *Ludo. Roman. loco relato.* Quæ sententia omnium interpretum summo consensu approbata est, explosa sententia Dyni *in c. quod semel. prope fin. de reg. iur. in 6.* vt supra ad definitionem testamenti, circa regulam: Quod vltima voluntas ambulatoria sit vsque ad mortem: ampliatione 5. illat. 1. dictum est.

Aut per contractum libertas testandi non impeditur. Et *Bald. hic* subdistinguit. Nam de contractibus, qui in continenti, ante vel post testamentum celebrantur, res certa est. De illis autem, qui inter testandum fiunt, quæritur.

Etsi autem alii alias distinctiones commenti sunt: tamen omnis illa interpretum doctrina fere huc tendit, vt inter contractus, qui vel incidenter fiunt, aut quoquo modo ad testamentum pertinent, vel de vltima voluntate aliquid participant, & inter eos, qui omnino extranei sunt, aut principaliter in testamento celebrantur, distinguendum putent.

Priore casu, quando videlicet contractus aliquo modo ad testamentum pertinet, & testamentum atque contractus valere contendunt. *leg. assignare. 7. infr. assignan. liber. l. non est mirum. 26. sup. pign. act. l. Lucius. 12. infr. alim. & cib. leg. l. si auia. 6. ibi Salyc. C. iur. deliberan. l. Panthonius. 85. §. fin. infr. acquir. hæred. l. eandem 9. in princip. infr. duob. reis. Ita Bald. hic nu. 2. cuius doctrinam commendat Castrens. num. 7. Imol. num. 13. 14. Cyn. Bald. & Castr. in l. cum antiquitas. ibi Salyc. num. 2. Ias. num. 3. 4. 5. 6. C. eod. Alciat. l. 1. § qui præsens num. 21. infr. verb oblig. Duar. ad tit. n. h. sub rubr. de nuncupatiuo testamento. vers. superius cœpimus. Natta cons. 645. nu. 12. Clar. § testamentum. q. 75. per tot. Vasq. de success. creat. lib. 3. §. 23. num. 4. Dominic. de Magdal. de num. test. in testam. requis. part. 1. c. 27. num. 25. Grass. §. testamentum. q. 60. num. 2.* Et hanc sententiam communem esse constat: quod omnes admittunt.

Posteriore casu, quando contractus plane extraneus est, nihil ad testamentum pertinens: rursum inter omnes constat, contractum tenere. *Sal. d. l. cum antiquitas. nu. 2.* Et hanc communem omnium sententiam esse, dicunt *Ludouic. Roman. cons. 271. num... Boer. decis. 353. num. 4. Vasq. d. §. 23. n. 3.* qui ait, constare apud omnes, quod contractus teneat. *Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 3. tit. 18. num. 11. & lib. 8. tit. 1. num. 36.*

Vtrum autem hoc posteriori casu testamentum valeat, *o* maxima apud interpretes concertatio est.

o Glossa vult vtrumque tenere. Sed *Baldus & Angel.* dicūt, male allegari glossam: cum tantum quærat de contractu, non de testamento. Ait autem *Imola hic. num.* 11. si ponderetur mens glossæ propter legem, quam adducit, satis eam velle, quod testamentum teneat: præsertim cum moueat quæstionem de testamento. Si (inquit) in testamento dicatur, &c. Ita communiter intelligitur glossa, quod voluerit, etiam testamentum tenere. Idem tradit *Alber. ante num.*

Nam

Nam testamentum subuerti *text. n. h.* probare videtur. Quam sententiam omnes illi probant, qui inter contractum ad testamentum pertinentem, & plane extraneum distinguunt. Quam distinctionem Oldrado tribuit *Alberic. h.* eamque probat p *Bald ibi num. 2. Castr. num 7 Imol. num. 14.* & ita sentire DD. scribit *Ias. d. l cum antiquitas. num. 6.* sequuntur *Alciat Duaren. Vasqu. Iul. Clar. & Graff. locis relatis. Vigl §. sed quum paulatim. num. 4. & 5. Instit. hoc eod. tit.* qui scribit, se nullam reperire legem quæ testamentum, cui contractus, cum alio quodam celebratus, insertus & immixtus sit, comprobet: & non sufficere, quod breui momento contractus absoluatur: sed præterea opus esse, vt ad testamentum pertineat, quod de contractibus dici nequeat. Quam post alios defendit *Alex.* q *in d. l. cum antiquitas. num. 4. per l. duos 6. § duo infr. duob. reis.*

p Bald. tamen in *l. cum antiquitas. n. 4.* non distinguit.

q Vide Alexandrũ. textus ibi non distinguit, vtrum interuallum modicũ fit, an non, ad hoc, vt actus vitietur: sed vtrum is actus, qui intercedit, contrarius sit obligationi, an non. Contrarius, id est, extraneus, vt recte exponit glossa fin. ibi adducens pro expositione huius vocis dictum Saluatoris: Qui non est mecum, contra me est.

Verum contra Dn. Viglium *Loriot. in apicib. iur. tit. de testam. ordinand. axiom. 25.* citat *text. l. fin.* r *C. pactis.* adducunt etiam alii textum *l. quidam. 46.* ibi notabilem doctrinam Bartoli, *infr. hared. institueri.*

r Textus agit de pacto dispositiuo successionis, cui accedit voluntas testatoris. Sed nota 1. ibi non esse testamentum. 2. Multo minus probari, quod inter testandum accesserit pactum: 3. Et si omnia hæc probari possent: pactum non esset omnino extraneum, sed pertineret ad testamentum. Loriotus autem indistincte probare vult, in testamento omnem contractum fieri posse.

Is actus, qui est vnica & finalis causa testamenti, & sine quo testator alias testamentum facturus non esset, procul dubio in testamento fieri potest. Nam hoc tantum prohibitum est, ne extanei actus testamentis admisceantur.

Sed contractus Mandati, de quo *in d. l. quidam.* est vnica & finalis causa, ob quam testator illum hæredem instituit, vt constat ibi.

Ergo nullum dubium est, quin is contractus in testamento fieri potuerit.

Non quidem dicit textus, quod in confectione testamenti hæres cum filiofamilias ibi contraxerit: potuit ante, potuit post testamentum, ille hæres cum filiofamilias contrahere: sed cum diserte dicat, scriptum hæredem fidem suam interposuisse: neque distinguat, vtrum ante testamentum, vel in testamento hoc fecerit: satis textus innuit, hic non distinguendum, & proinde in hoc vim faciendam non esse: Quum (vt dixi) extraneus actus non sit.

Est autem ibi casus talis: Quidam filiumfamilias hæredem instituere volebat, ita tamen, ne ad patrem eius quicquam de hæreditate perueniret. Id est, voluit illum hæredem scribere, si à patre fuisset emancipatus. Filius cum patris sui offensam metueret, petiit à testatore, vt amicum quendam suum, qui scilicet fidem interponeret de hæreditate adeunda, & sibi patrifamilias facto restituenda, scribere vellet. Testator passus est sibi persuaderi, & filiifamilias amicum instituit, qui fidem suam interposuit. Quæritur: si ille amicus hæreditatem adire, aut restituere nollet, quæ actio daretur? Respondit Africanus: si ille amicus, cum à filio familias rogaretur, aditurum & restituturum se hæreditatem recepisset, actionem mandati vtilem filio competituram.

Ecce ergo illustrem casum. Ibi est testamentum: est & contractus mandati, cui innititur testamentum: hunc ergo contractum in testamento fieri posse non minus certum videtur, quam olim imaginarius contractus emptionis & venditionis in testamento per æs & libram fiebat.

Notat *ibi Bart.* hunc textum ad talem facti speciem. Nota, inquit *Bart.* quando aliquis instituit aliquem secularem, vt det Monacho, quod contra talem institutum potest agi actione Mandati, Quod est verum, si fuit adhibitus à Monacho, secus si ab ipso testatore. Nam tenetur actione negociorum gestorum, & actione testamenti. Hæc *Bart.* qui non distinguit: Vtrum tales contractus ante testamentum, vel in testamento fiant.

Et *l. fin. C. fideicomm.* iuxta intellectum Bartoli *in d. l. quidam. Dominic. de Magdal. de num. test. in test. requisit. part. 1. cap. 27. num. 24.* cum quo textu concordat *§ fin. Inst. fideicom. hared.*

Textus

Textus *d.l.fin.* multos habet intellectus: Vnus hic est: quod ibi testator fidem hæredis elegerit: quia in testamento fecit sibi promitti, quod solueret fideicommissa, legata, vel alia per eum disposita. Hic intellectus à multis reprehenditur: sed defenditur à Dominico de Magdalenis. Verum si quis accurate perpendat, quæ idem Dominicus *ibi num.4.* scribit, deprehendet, illum pugnantia tradere. Ille ibi scribit: Quum textus meminerit de hærede, cuius fides sit electa: Necessario ergo præsupponendum: quod circa institutionem validum testamentum præcesserit. Cui porro consequens est, vt in confectione testamenti, nihil de fideicommisso, vel legatis ordinarit testator. Nam si hoc ita factum esset, non minus fideicommissum & legata, quam hæredis institutio, vel testamentum coram testibus solenniter ordinata essent.

Ita diuisio, quæ emptionis vicem obtinet, in testamento patris inter liberos fieri potest. §.*1.in Auth.de testam.imperf.* s etiam liberorum consensu accedente. §.*fin.ibidem.* §.*& quod sæpe. in Auth. de trien. & semiss.*

Quorsum etiam pacta successiua iis in casibus pertinent, in quibus iure communi, consuetudine, aut statuto probantur, vt *in l.licet.19. C.pactis.c. vnic.de filiis natis ex matrimon.ad morganat.contract. Hotoman.cons.72.num.35. Pec.de testam.coniug.lib.1.c.8.num.5. Grass.*§.*successio ab intestato.quæst.9.num.4.* & dixi supra ad regulam: Quod voluntas ambulatoria sit vsque ad mortem. ampl. 3. Ita nos in *Constit.Saxon.part.2.c.23.* insignem textum habemus, quod in pactis dotalibus, quædam valeant iure contractus, quæ non nisi mutuo consensu reuocari possint: quædam iure vltimæ voluntatis, vt proinde non minus ac muta coniugum testamenta reuocari possint. *Mynsing.obseru.8.cent.1. Andr.Gail obseru.pract.lib.2. obseruat.117.num.2. Pet.Pec. de testam.coniug.lib.1.c.43.num.1.& 2. VVesenbec.cons.63.num.9. prope fin. Grass.* §.*testamentum.qu.90.num.2.*

Quæ tamen iura omnia in pactis & contractibus ad testamentum quodammodo pertinentibus, loquuntur.

Porro nihil obstante præcitata Oldradi distinctione, *t* receptior sententia est: quod contractus momentaneus indistincte in testamento fieri possit. *arg.l.quæ extrinsecus.64.infr.verb.oblig.* Et scribit *Alberic.hic num.2.* illam distinctionem eo spectare vt testamenta euertantur, quod sit contra *d.l.cum antiquitas.* Et ideo se vidisse communiter obseruari, & teneri contrarium, quod scilicet testator in testamento possit disponere etiam ea, quę pertinent ad actus inter viuos, & ista facta frequenter, neque vnquam de validitate dubitatum. *Idem Alber.ad rubr.num.2. C.donat.Cyn.in d.l.cum antiquitas.num.3.Bald.num.4.Castrensis num.3.Salycetus num.2.* qui ait: glossam & DD. communiter tenere, quod testamentum propter actum momentaneum non vitietur. Et hanc sententiam *Loriot.in apicibus iuris, tit. de testam.ordinand.axiom 24.25.atque DD.locis relatis.& inter illos Ias.Vigl.Clar. & Grass.*indistincte communem esse profitentur, quam multis ornat *Dom. de Magd.d.c.27.num.25.* Cuius quidem communis opinionis graue præiudicium esse *Vigl* tradidit.

Hanc tamen sententiam, quod contractus ad testamentum nihil pertinens, sed plane extraneus in testamento fieri possit, ita ex omnium DD. sententia temperabis, vt procedat, quando contractus non magnū temporis interuallum requirit, sed vt actus modicus expediri potest. *Ita Ang. l.hac consultissima.in princ.num.4. C.h.eod.tit.*

Et eiusmodi quidem contractus, atque confessiones si fiant præsentibus & acceptantibus, ita vt parti ius quæratur, irreuocabiles sunt, vt relatis in vtramq; partem rationibus, concludit *Rom.d.cons.171.nu.7.ibi bona additio.Boer.d.decis.353.nu.5.Io. Guterus de vlt. vol.p.2.c.1.num.9.10.& c.6.nu.5.* Man-

s Vide textum *l.si filia 20.sup.famil.herc.* plura dicentur de testamento paterno, D. V.

t Quemadmodum in testamento contractus, ita & in cōtractu vltima volūtas confici potest. *Dd.in l.tale pactum.*§.*fin ff.pact. DD.l.licet.& in l.hæreditas. C.eod.Vasq.de success. creat.lib.2.*§ *18.num. 287.prope fin. Matth. VVesenb.ad tit. ff.de her.instit.n.6. quibus adde quæ not.supr.de diuisione testamenti, maxime numer. 119. cum sequentib.omnino etiam vide Vincen. Franch.decis.196.n.2. Petr. Pecc.de testam. coniug.lib.1.c.6.n.1.*

Mantica lib. 8 tit. 1. num. 36. plura cumulat Domin. de Magdal. loco relato, num. 26. Aliud est, si fiant in executionem vltimæ voluntatis. *u* Nam tales vt vltima voluntas iudicantur, & reuocata vltima voluntate, reuocantur. *Vasq. de success. creat.* §. *23. num. 3. Tiber. Decian. consil. 3. num. 7. lib. 1. Mant. de coniect. vlt. voluntat. lib. 3. tit. 18. numer. 13.* Et ita accipienda, quæ in præcedenti §. circa illam regulam: Quod posteriore testamento prius tollatur: ampliat. 5. dicta sunt.

u Exempla sunt in textib. relatis, quādo ipse testator pignus constituit, libertos assignat, vel simile quid facit, q̄ à propria ipsius voluntate fit, & nuda dispositio testatoris est, ita vt proprie contractus non sit. Adde quæ copiose congessit Tiraqu. *de ll. connub. gloss. 5. num. 102. 103.*

Summa ergo huius disputationis hæc est:

Si quærimus, quæ opinio sit receptior: Respondendum: glossæ nostræ sententiam magis communem.

Nam illi etiam, qui distinguentem opinionem tuentur, id ingenue agnoscunt.

Si ergo ex glossæ sententia, contractus à testamento plane extraneus, in testamento celebrari potest: nihil est, quod de illis contractibus dubitemus, qui ad testamentum quodammodo spectant.

Aut quærimus de veritate.

Hoc casu subdistinguo:

Nam aut quæstio est de tali contractu, qui ad testamentum nihil omnino pertineat: & hunc in testamento fieri non posse arbitror, *per text. n. h. & d. l. duos.* §. *duo. infr. de duob. reis. & d. l. cum antiquitas.*

Aut quæstio est de contractu, quodammodo ad testamentum pertinente: & hunc in testamento fieri posse nihil dubito.

1. Per *d. l. quidam. infr. hared. instituen.*

2. Quia diuisio in testamento patris inter liberos fieri potest. §. *1. in Auth. de testament. imperf.* ita vt liberorum quoq; consensus interueniat. §. *si ibidem.* §. *quod sæpe. in Authent. de trien. & semiss.* At diuisio emptionis vicem obtinet. *l. 1. C. comm. vtriusque iudic.*

3. Quia inter coniuges pacta dotalia ita iniri possunt, vt partim contractus, partim testamenti vim obtineant: puta, si aliqua omnia sua bona marito in dotem dederit: & coniuges simul inter se de successione mutua disponant, quod per Germaniam, & in his terris infrequens non esse constat. Videnda *Constitutio Saxon. part. 2. c. 23. & VVesenbec. cons. 63. num. 9.*

L. ad testium. 22. in princ.

1 *Conciliatio huius* l. ad testium. *cum* l. is cui. supr. eod. tit.

Ad testium numerum simul adhiberi possumus ego & pater, & plures qui sumus in eiusdem potestate. 1

Duo DD. ex hoc textu eliciunt.

1. Quod de eadem domo plures testamento testes adhiberi possint, id est, testamento extranei, vt per *Alberic. de Rosat.* Vtrum autem testamento patris, aui, filius & nepos, aut econtra in testamento nepotis pater & auus adhiberi possint, petendum ex *l. qui testamento. 20. sup. eod. tit.*

2. Quod filiusfamilias etsi testamenti factionem actiuam non habeat, testis tamen in testamento esse possit, id est, in testamento alterius quam patris. *Castr. h.*

Contra autem hunc textum opponit *Castr. de l. is cui. 18. sup. eod.* is cui lege bonis interdictum est testamentum facere non potest.

Sed filiusfamilias testamenti factionem actiuam non habet.

Respondet 1. textum *d. l. is cui.* agere de intestabili, qui neque testari, neque testis esse possit. Filium autem familias intestabilem non esse.

2. Dicit distinguendum: Vtrum quis testamenti factione careat culpa sua, an non. Textum *d. l. is cui.* loqui in eo, cui bonis à iudice sit interdictū. Rem autem de filiofamilias aliter sese habere: illum enim propter patriam potestatem testari non posse, non ob aliquam suam culpam.

§. *conditionem. L. 1. Cod. eod. &* §. *sed quum aliquis. Instit. eod. tit.*

2 *In teste requiritur habilitas vera vel putatiua. & num. 6.*

3 *Practica excipiendi de inhabilitate testiu. & num. 6. 8.*

4 Vtrum

4 *Vtrum testis habilitas spectetur tempore, quo signauit testamentum, an tempore, quo producitur, & num. 7. & supra in materia testamenti. num. 4.7.*

5 *Quinq. opiniones pro expositione quæstionis propositæ referuntur & examinantur.*

6 *Facti species, quæ in* d. l. 1. & d. §. cum aliquis. *tractatur, differt à casu textus n. hic. & num. 7. 8.*

7 *Initium rei spectandum.*

Testium testamentariorum depositio est tantum quadam recognitio & exequutio testificationis antiquæ.

Notarius, qui ex noua causa Notarius esse desiit, instrumenta, de quibus ante est rogatus, perficere potest.

Testatori ex delicto testis præiudicium inferendum non est.

Testis vnius defectus ex aliorum numero suppletur.

8 *Testis ad probationem adhibiti qualitas, eo tempore spectatur, quando adhibetur.*

Pubes testari potest de his, q̄ impubes vidit.

9 *Testis habilitas inspicitur tempore rogitus aut productionis, nunquam tempore publicationis.*

2 DD. duo hic exequuntur:

1. Ex *leg. 1. C. eod. & §. sed cum aliquis. Institut. eod. tit.* eliciunt hanc iuris theoricam: Quod testes debeant esse liberi vere vel putatiue, seu quod in teste requiratur habilitas vera vel putatiua. x Rationem decidendi hanc adducunt: Quod communis error faciat ius. Ita *Bart. d. l. 1. ante num. Bald. num. 1. 2. 10. Alberic. num. 2. Castrensis num. 2. Alex. num. 4. Salyc. num. 1. 3. Roman. num. 1. & sequentib. Ias. nu. 1.* Qua de re dixi aliquid circa *l. Barbarius sup. de offic. Prat.* in requisito 1. testamenti, illatione 2. ampliat. 4. versic. Subamplia hanc ampliationem. Et an omnium, vel quorum reputatio hoc casu necessaria sit, docet *Bart. ibi num. 4. Alex. num. 3. Ludou. Roman. num. 7. Ias. num. 2. Vasqu. de success. creat. lib. 2. §. 12. num. 82.*

x Ita *Bart. & DD. in d. l. 1.* Communem dicit *Bald. in l. ad testium. §. conditionem. num. 1. Angel. num. 1. Castr. n. 1. Imol. n. 1.*

Et hanc sententiam, quod videlicet in teste habilitas vera, vel putatiua requiratur, quatuor modis ampliat, & duobus modis limitat *Ias. in d. l. 1.* & ad quartam ampliationem addatur *Alex. ibi num. 5.*

3 Quum ergo putatiua habilitas in teste sufficiat, consequens modis omnibus est, non nocere inhabilitatem, quæ ignoratur. Vnde *Bart.* colligit, si excipere velis de inhabilitate, duo copulatiue proponenda & articulanda esse: 1. quod sit reuera inhabilis. 2. quod pro tali communiter reputatus fuerit. Ita *dict. l. 1. num. 4. 5. 6.* vbi practicam docet.

Contra hanc practicam Bartoli, quod sufficiat inhabilitatem allegari, tenent *DD. in d. l. 1. Bald. Fulgos. Castr. Alex. num. 2. Ludou. Roman. num. 9. & Ias. num. 4. qui ait, omnes Modernos ita sentire. Imola & Paul. de Castro in d. §. conditionem.* Sufficit (inquam) allegari, quem esse inhabilem. Qui enim seruus, aut aliter inhabilis est, de eo præsumimus, quod pro tali quoque communiter reputatus fuerit. *c. 2. §. testes. de testib. in 6.* Vt proinde hic probatio in aduersarium transferatur, qui probare debet, illum pro habili communiter reputatum fuisse.

Circa hoc tamen primum caput obseruandum, præstantes Iureconsultos non admittere prællegatam decidendi rationem ad textum nostrum, quod videlicet communis error ius faciat. Qua de re videatur *Gouean. lib. 1. lect. iur. ciuil. cap. 6. num. 7. & domin. Hotoman. §. testes autem. Institut. eod.* qui ait: ridiculum hoc dogma esse: quum *text. d. §. testes.* clare dixerit: Imperatores ex sua liberalitate subuenire tali testamento. Vt proinde non error, sed Imperium potestasque summa Cæsarum hoc ius pepererit. Hoc primum est.

4 2. Constat vulgo dici: tempus, quo testimonium dicitur, spectandum esse: quum quæritur de conditione personarum. Quomodo ergo cum hoc principio conueniunt iura præcitata, quæ volunt conditionem testium spectari, cum signarent, non mortis tempore. Sic enim Vlpianus porro notat. Si igitur tunc, cum signarent, tales fuerint, vt adhiberi possent, nihil nocet, si quid postea eis contigerit.

Hæc sententia ratione defendi non posse videtur.

Fac enim, quem ex libero seruum effectum, & quæstionem de testamento inter scriptum & legitimos hæredes ortam esse, quomodo probabitur testamentum? Seruus ad testimonium testamentorum non admittitur. Ergo inane erit atque inutile testamentum, & regula obtinebit: *Tibi non ius, sed iuris probatio deest.*

Regula, vt dixi, est: In iudiciis spectari tempus, quo testis producitur & iurat: quum de conditione testis quæritur. Inspicitur, inquā, in iudiciis, qualis sit testis, quum

testimonium ab eo exigitur. Adducunt ad id interpretes *l. quoniam liberi.10. C. de testib.* quæ, authore Duareno, ad rem non admodum spectat, & *l.3. §.dua.inf. Carbon.edict.l.3. sup.de testib.* Vbi dicitur, iudicis officio inquirendum, cuius conditionis sit testis. Ergo id fit, quo tempore testimonium ab eo exigitur, *leg. notionem.99. §. instrumentorum.infr. verb.signif.*

Hæc est omnium interpretum iuris sententia. Et *Duaren. quidem sub tit. n. h. rubr de testibus in testamento idoneis.vers.sed hic incidemus.* quum omnia iura præcitata retulisset: Ego,inquit, puto verum esse, quod vulgo dicitur :tempus, quo testimonium dicitur, inspiciendum,quum quæritur de conditione personarum. Quamuis enim id nullo certo iure definitum sit : tamen id ratio suadet. Fides maxime necessaria est in teste,quum testimonium ab eo exigitur.

Duas ergo theoricas inter se repugnantes habemus.

1. Quod conditio testis tunc spectetur, quando signauit testamentum, non mortis tempore.

2. Quod conditio testis spectetur, quando in iudicium producitur.

Duarenus dicit, hunc nodum esse difficilimum, & quem exercitatissimus quisque in Iurisprudentia non facile expediturus sit.

DD. nostri multas tradunt conciliationes, quas ex ordine enarrant *Alex. Ludo. Rom. & Ias.d.l.1. C.de testam.*

PRIMAM tradunt *glossæ in d.§.conditionem.verb.contigerit.& in d.l.1. verb. vsque adhuc.* 5
Vbi distinguunt substantiam actus à probatione. Si quæris, inquiunt, de substantia actus, vtrum testamentum valeat, certum est, illud valere. Ita loquuntur iura præcitata : puta, *dict.§.conditionem. d.l.1.d.§.sed quum aliquis.* Nam si testes idonei fuerunt, aut pro idoneis communiter habiti sunt: quum signarent testamentum,id firmum manebit,etsi postea testis conditionem mutet. At si quæris de probatione, vtrum tales testes admittantur ad probationem testamenti, certum est, quod non admittantur. Ita contraria regula procedit, quod testis habilitas eo tempore spectetur, quando in iudicio producitur.

Hunc intellectum multi illustres DD.tenent,relati per *Ias. d.l.1. nu.6.& Alber. de Malet. in tract. de testib.c.5.num.8.*

Excipiunt aliqui contra hunc intellectum,hoc parum releuare,testamentum esse, sed probari non posse.

Replicant alii, imo maximam vtilitatem esse. Si enim testamentum viribus subsistat, non deficere ius : sed tantum probationem per testes. Hæredem ergo admittendum, si alio modo testamentum probare velit, puta, si de eo factum est instrumentum, aut si aduersarius fateatur conditum testamentum : sed dicat, illud inane, ob testis mutatam conditioné. Addunt alii alias huius inuestigationis vtilitates. Qua de re videantur *gl.& DD.in d.l.1.ibi Castr.num.7.Lud.Roman.nu.10.Ias.nu.6.* vbi quatuor vtilitates huius inuestigationis proponunt.

Contra hanc responsionem duplicant illi. Quid si testamentum non sit instrumento comprehensum? Quid si non sit confessatum, & per consequens, alio modo quam per testes probari nequeat? ociosa certe erit horum iurium dispositio, quod est absurdum.

Triplicant *Salyc. & alii* non esse iura ociosa, quæ tot effectus habeant.Si autem alio modo probari testamentum nequeat quam per testes,id sibi imputet testator,si cautius non egit. Poterat enim melius sibi prouidisse : puta, curare,vt testamentum instrumento comprehenderetur : Potuit aliquot testes supernumerarios adhibuisse.

Hæc conciliatio glossarum à plerisq; damnatur, & à Iasone *d.l.1.num.6.* quorum rationes videri possunt.

Ego adduco fundamenta duo ex textibus.

1. Iureconsultus Vlpianus *in dict. §. conditionem.* dixit : si, cum signarent,tales fuerint, vt adhiberi possint, nihil nocet (*notetur particula vniuersalis nihil*) si quid postea eis contigerit.

Textus generaliter & sine distinctione, imo vniuersaliter loquitur : Ergo à nobis non est distinguendus. Vlpianus vult, si testis conditionem suam mutet, id nihil testamento nocere: Noceret autem plurimum testamento, si id per eiusmodi testes probari non posset.

2. In

2. In *l.1. C. eod.* quum post mortem testatoris, testi opposita esset exceptio inhabilitatis, quod seruus esset: Respondit Imperator Adrianus: quum testis eo tempore, quo testamentum signatum fuit, communi opinione pro libero habitus fuerit: Eam proinde exceptionem inhabilitatis impertinentem esse, & in illa causa testamentaria tractari non posse.

At si à testamenti probatione tales remouendi essent, non posset exceptio pro impertinente haberi.

Neq; valent effugia, quod textus loquantur in casibus illis singularibus, quos glossæ & DD. referunt, quando testamentum est confessatum, vel instrumento comprehensum. Id enim falsum esse ex textibus liquet, qui generaliter loquuntur.

Hoc ergo fixum esto, quod *d. l.1. d. §. conditionem. d. §. testes.* velint & testamentum valere, atque probari posse per testes, vtcunque detecta vel mutata sit ipsorum conditio.

Secundo loco Azo pro conciliatione dixit: distinguendam mutationem culpabilem à non culpabili. Si testis, inquit, mutet conditionem culpa sua: vt, quia effectus est infamis, vel excommunicatus, profecto non admittetur. Ita loquuntur iura contraria. At in textibus nostris non est mutatio status vel conditionis culpabilis: quia solummodo detecta est inhabilitas, quæ adfuit tempore testamenti. Hanc sequitur *Cyn. d.l.1. ibi Salyc. num. 5.* Et veram dicit *Lud. Rom. num. 11.*

Hunc intellectum lege non probari *Bald. dixit. d l.1. num. 3.* Et ideo tradunt DD. quod regula præcitata volens, testis habilitatem inspiciendam, quando producitur, hanc distinctionem non admittit. Non admittitur ad testimonium, qui tempore testimonii dicendi inhabilis est, siue culpa sua statum mutarit, siue eius status detectus sit.

Ego addo hanc concilationem etiam esse contra *d. §. conditionem.* Nam etsi sententia Azonis textui *d l.1. & d. §. testes.* non male congruere videatur: tamen est contra generalitatem *d. §. conditionem.* Qui textus indistincte dixit: mutationem conditionis in teste nihil testamento nocere. Non ergo textus à nobis distinguendus est.

Tertius ergo intellectus est: quod iura nostra accipienda sint de testamento in scriptis: idque textus relati clare probant. Nam *d.l.1.* clare loquitur de testamento signato, quorsum etiam spectat *d. §. sed quum alii.* Ita etiam loquitur *d §. conditionem.* Hæc sententia est *Nicolai de Matarellis.* Quam etiam attingit *Bald. in d l.1.* & sibi vsurpat, *Ioann. de Imola d § conditionem. numer. 7. sequitur Vigl. d. §. testes. num. 8.* vbi dixit, hanc communem videri, quod specialiter sit introductum, vt tale testimonium admittatur: quum solennitatis, non probationis gratia denuo examinetur. Latissime hanc sententiam probat *Duaren. loco relato.*

Huius tamen sententiæ authores plurimum inter se discrepant.

1. Nam antiquiores existimant hoc esse speciale in testamento in scriptis. *Duaren. & Vigl.* id non admittunt.

2. Deinde antiquiores existimant, eiusmodi testem produci posse: & rationem specialitatis hanc esse dicunt: quod testamentum nuncupatiuum stet in auribus testium: quum in testamento clauso testes nil deponant de tenore testamenti, sed solum recognoscant sua signa & subscriptiones, & sic deponant de facto proprio, quod iure permissum sit. Etsi enim seruus non possit esse in iudicio, aut deponere de facto alieno: tamen secus esse de facto proprio. *l. serui. 7. sup. test. lib. l. interrogari. 15. C. quæstion.*

Hoc non admittit *Duaren.* Scio, inquit, seruum posse interrogari in iudicio, si aliter veritas erui non possit: sed hoc non prodest ad fidem faciendam. Ille dicit testamentum valere eo, quod aliunde probatio sumi possit, puta, per comparationem scripturarum, quum testes non tantum subsignent, sed & subscribant testamentum. Dicit ergo in testamento clauso tantum quæri de signis & subscriptione.

Hæc opinio recte damnatur ab Alexandro *d. l.1. num. 8.* & pluribus mediis conuellitur à Iasone. Non est verum, inquit Alex. quod testis in testamento clauso tantum debeat deponere de subscriptione sua: sed etiam debet deponere de subscriptione aliorum contestium: alias enim omnes testes essent singulares, & nihil probarent. Item, debent deponere, quod fuerint rogati à testatore: quod testator professus sit illud suum esse testamentum: quod testator sese subscripserit, &c.

Quarta igitur conciliatio hæc est, quod distinguendum sit inter testes, qui deside-

tantur ad solennitatem, vel substantiam actus, & inter eos, qui adhibentur tantum ad probationem.

Si testis requiritur tantum ad probationem actus, vt est regulariter in omnibus contractibus, vbi sufficit confessio Aduersarii, regula locum habet: Quod spectetur conditio eius temporis, quo in iure producitur: Si autem necessarii testes sint pro substantia actus, vt in testamento, inspiciendum est tempus actus celebrati. Hæc videtur esse receptior, quam aliquot rationibus probat *Alex.d.l.1.num.7.*

Hanc damnat *Ias. d.l.1.*

1. Quod iura contraria volentia testis conditionem spectandam, quando producitur, generaliter loquantur, vt proinde inter testes ad substantiam actus, vel ad probationem tantum requisitos, distinguendum non videatur.

2. Deinde inquit Iason: si hæc sententia vera esset, sequeretur maximum absurdum. Nam in testamento paterno, in testamento ad pias causas, in testamento militis, testes adhibentur tantum ad probandum, non pro substantia, aut solennitate: Ergo si testis in hisce testamentis mutasset conditionem, ille postea admitti non posset. Quod clare ita post alios adfirmat *Alex. d. l.1.num.8.*

At hoc Iasoni absurdum esse videtur. *Nam dict.l.1.& d.§.conditionem.* non habent locum in eiusmodi testamentis fauorabilibus. Inde enim sequeretur, testamenta non pia, non paterna, paganica, maiori fauore digna haberi, quam testamenta pia, paterna, militaria.

Et licet plures conciliationes dentur, eas tamen vtpote minus illustres non refero. Qui eas videre volet, consulat Alexandrum, Ludouicum Romanum, & Iasonem. Vnam tantum adhuc addo Angeli, quam *Ludou.Roman. d.l.1. num.11.* pulcherrimum intellectum nominat. Et licet *Roman.* hunc intellectum non sequatur, sed refellat: eum tamen probat dominus *Ias. in d. l.1. ad fin.* vbi existimat propter publicam vtilitatem in testamento tam clauso, quam nuncupatiuo hoc ius specialiter receptum, vt in testamentis eiusmodi testes admittantur: quum alias in quolibet actu, vel dispositione mutatio status testis, vel detectio impediat testamentum produci & examinari. Et quod hoc sit speciale in testamento, probant illi *per d. §. sed cum aliquis.* vbi dicitur, Cæsares ex sua liberalitate subuenire tali testamento, in quo aliquis ex testibus testamenti tempore liber habitus, postea autem seruus esse deprehensus fuit.

Ego Ludouici Romani impugnationes omitto, & alia ratione hunc intellectum repudiandum arbitror, quod plane non conueniat textui *d §.conditionem.*

Pertinet autem ratio prædicta tantum ad casum *d. l.1.* qui à *§. conditionem.* toto cœlo differt, quod à nemine animaduersum scio.

In *d. l.1.& d. §. sed cum aliquis.* talis facti species est: Quidam ad testamentum adhibuit seruum, qui tamen communi opinione liber existimabatur. Quæritur an id testamento officiat?

Dixit textus: Imperatores ex sua liberalitate subuenire tali testamento, vt sic habeatur firmum, ac si vt oportet factum esset.

Hæc verba diligenter notanda: Inde enim duo puncta eliciuntur, ex quibus maxima inter hanc facti speciem, & inter *d. §.conditionem.* differentia apparet.

Primo, quod inspectis regulis iuris, testamentum ab initio, vt oportet, factum non sit, ac proinde sua sponte vitiosum & iniustum existat, vt recte annotauit dominus *Hotoman.d.§.sed cum aliquis.*

Secundo, quod benignitate Imperatorum hoc testamentum sustineatur, vt pro eo habeatur, ac si vt oportet, factum esset, quod tamen in rei veritate ita, vt oportet, factum non fuit. Hic casus nititur iure speciali.

At *in d.§.conditionem.* longe alia species est. ibi testamentum ab initio vt oportet factum est. Testes enim adhibiti in rei veritate habiles fuere. Ergo secundum iuris regulas illud testamentum validum fuit, neque vlla benignitate Imperiali opus habuit. Ex post facto autem ille testis, qui tempore testamenti habilis fuit, inhabilis esse cœpit, id est, suam conditionem mutauit. Quæritur: an hoc testamento officiat? Dicit Vlpianus, si tunc cum signaret, talis fuerit, vt adhiberi possit, nihil nocere, si quid ei postea acciderit, id est, si conditionẽ mutauerit. Nulla hic benignitatis Imperialis mentio habetur. Sed regulam iuris communis Vlpianus proponit. Conditionem (inquiens) testium tunc inspicere debemus, quum signarent, non mortis tempore. Ex hac regula iuris

(non

(non specialis, sed communis) infert: Ergo si testis postea conditionem mutauerit, id nihil testamento nocere.

Ex hac collatione casuum liquet, Imperatorem *in d.l.1.& in d.§.sed cum aliquis.* casum iuris specialis, Vlpianum autem *in d.§.conditionem.* regulam iuris communis cum illatione proponere: Et proinde ab Angelo & Iasone perperam hosce casus disparatos inter se confundi. Nam *in d. l.1. & d.§.sed cum aliquis.* testamentum ab initio non vt oportet factum est, quia adhibitus est, qui adhiberi non debuit in testem. At in *d.§.conditionem.* agitur de mutata conditione testis. Ergo ab initio adhibitus talis est, qualem iura adhiberi volunt. Vnde conficitur, illud testamentum secundum iuris regulam sua sponte vitiosum esse, nisi sustineatur: hoc vitiosum non esse, vtpote secundum iuris regulas factum. Quare alia conciliatio nobis quærenda erit, quam ex coniunctione duorum intellectuum nouam ad præcitata iura dabo.

6 Colligunt DD. ex hisce textibus duas insignes theoricas.

Prior hæc est, quod effectu iuris considerato, vera & putatiua habilitas *y* in teste parificentur. *Bart. & DD. in d.l.1. DD. in d.§.conditionem. ibi Bald.* communem dicens *num.1. Angel. Castr. Imol. (omnes num.1.)* idque ex benignitate *z* & iure speciali. *Ang. d.l.1. ibi Ludo. Rom. nu.11. & Ias. prope fin. textus est apertus in d.§ sed cum aliquis. Inst. eod.* Quũ ergo inhabilitas, quæ ignoratur, non noceat. *Bart.* hinc consequi censet, excipienti contra testem nõ modo inhabilitatem, sed etiam communem reputationem allegandam esse. Ita ille *d.l.1. num.4.5.6.* vbi modum articulandi docet.

Aliis sufficere visum est, si inhabilitas vera allegetur, quo casu probationem in aduersarium transferri aiunt, quod testis pro habili reputatus fuerit: quum de seruo, aut alias inhabili præsumatur, quod pro tali quoq; communiter fuerit reputatus. Ita *Paul. de Castr. & Imol. in §.conditionem. DD. in d.l.1. ibi Bald. Fulgos. Cast. Alex. num.2. Ludou. Rom. nu.9. Ias. num.4.* qui ait, omnes modernos contra *Bart.* sentire. Et hanc priorem theoricam *Ias. in d. l.1.* 4. modis ampliat, & duobus modis declarat.

7 Posterior est, quod in teste habilitas tempore conditi testamenti requiratur. Quæ sententia cum vulgari regula pugnare videtur: Quod conditio personarum eo tempore, quo testimonium dicunt, spectanda sit. *DD. in d.l.1. ibi Bald. num 2. Rom. num.11. DD. in d.§.conditionem. l.3. sup. de testib. cum aliis allegatis per DD. hic. Duar. hic sub rubr. de testibus in testamento idoneis. versic. hinc exstitit.* vbi ait: hunc esse nodum difficilimum, quem doctissimus quisque, & maxime exercitatus in iuris ciuilis scientia, vix expedire possit, & quo ipse in hac disputatione nihil inuenerit difficilius.

Et licet interpretes bene multas conciliationes tradiderint, de quibus præ cæteris *Alex. in d.l.1. ibi Ludouic. Roman. & Ias.* consulendi sunt: Hæc tamen sententia *a* omnium maxime concinna est, quod *in textu d.l.1.* ab initio, vt oportet, testamentum factum nõ sit, sed sua sponte viciosum, speciali iure ex benignitate sustineatur: quum testes reuera & secundum regulas iuris idonei non essent: sed communiter pro idoneis reputarentur, vt clare explicat Imp. *in d.§.cum aliquis.* Et hactenus quidem Angeli intellectus, quem *Roman. d. l.1. num.11.* pulcherrimum appellat, *& Ias. ibi ad fin.* tuetur, verus est. Huc pertinet, quod tradit *Clar. §. testamentum. quæst.55. num.10. Graff. §. testamentum. quæst.57. nu.17.* At in textu *d §.1. hic.* testes quum signarent, reuera habiles & tales fuerant, qui secundum iuris regulam adhiberi possent. Ergo Vlpianus iuris communis regulã se proponere ostendit: conditionem videlicet testium veram spectandam, quando testamẽtum signatur. Ex eaq; non immerito deducit: etsi postea testis conditionẽ suam mutarit: id tamen testamento, quod, vt oportet, secundum iuris regulam

y At inhabilitas vera & putatiua nõ comparantur.

z Ergo non est hæc ratio decidẽdi bona ad *dict. l.1.* quod communis error faciat ius. Doctores tamẽ occasione huius principii, multa bona hic pertractant: & maxime illam quæstionem examinant: an sicut in teste putatiua habilitas sufficit, ita idem sit in notario. Qua de re agit *Bald. in d. §. conditionem. num.3. Castrens. n.3. Ang. nu.2. Imol. n.9. & 10. DD. in d.l.1. ibi Bald. n.12. Castr. num.3.4. Alex. num.12. Salyc. nu.10. 11. Lud. Rom. num.14. Ias. num.3.*

a Ego quartam cõciliationẽ, quæ est Alexandri, & quintam, quæ est Angeli, & à Iasone probatur, cõiungo. Dico *l.1. & §. sed quum aliquis.* continere casum specialem, qui est intellectus Angeli. Addo a. textũ §. nostri h. loqui in testibus, qui desiderantur ad substãtiam. Contrariam regulam, quod testium fides spectetur tempore, quo producũtur, loqui in testib. qui requiruntur ad probationem.

gulam confectum est, nihil nocere. Quum in actibus, in quibus pro substantia aut solennitate testes requiruntur, tempus actus celebrati inspici conueniat. Ita tenent post b *Dyn. & Iac. de Arena, Bart. in d. §. conditionem. n. 2.* qui hoc dicit notandum. *Bald. num. 3. Castr. in princ. & n. 5. & Cuiac. DD. in d. l. 1. ibi Castr. num. 8. & Alex. num. 8.* qui hanc sententiam veram dicunt. *Nell. à S. Geminia. in tract. de testibus, num. 25 cum seq. Mascard. de probationib. lib. 3. conclus. 1353. num. 18.*

b Spectam[9] initiũ, etsi conditio testis mutata sit in melius. *Bald. d. §. conditionem. num. 4. ibi Cast. num. 1.*

Tum (1) quod initium & originem spectari oporteat ad quod posteriora trahuntur, quum nullo iure relatum sit, vt testatoris ita testium capitis diminutione testamentum infirmari. *c. 1. an remou. debe. testes, qui par. esse desier. iunct. c. 1.* c *si int. dom. & vasall. de inuestit. lis oriat. Bald. d. §. conditionem. ibi Cuiac.*

c In *c. vnic. in princ. si de inuest. inter domin. & vasall. lis oriat.* dicitur: si inter dominum & vasallum de inuestitura lis oriatur, & testes interfuerint, eosque vasallus ad testimonium vocauerit, eorum testimonio cum sacramento credendum. Testes vero (inquit textus) sint pares eius, & qui ab eodem domino feudum teneant. Sed quid? si illi testes, ad quos vasallus prouocat, pares esse desierunt? Respondet Iureconsultus in *c. vnic* An remoueri debeant, etsi alii aliud sentiant, sufficere tamen tempore inuestituræ saltem pares fuisse. Quid enim (inquit textus) peccauit, qui inuestituram accepit, si illi, quos eo tempore vt idoneos adhibuit, pares esse desierunt?

Tum (2) quod horum testium depositio tantum quædam recognitio sit, & executio testificationis antiquæ. Tunc enim quum testamento adhibiti sunt, officio suo functi esse videntur, per textum expressum *in l. si non speciali 9.* quem ibi ad hoc ponderat *Castrens. num. 7. C. eod. tit.* Constat autem exequutionem fieri posse, etiam tempore, quo quis testificari nequit, vt si iurauerit infra terminum datum ad probandum. Nam tunc videtur testificatus, & potest postea examinari post terminum. *Bart. d. l. 1. n. 5. C. eod. Castr. d. § conditionem. num. 6.*

Tum (3) quod Notarius, qui ex noua causa Notarius esse desiit, instrumenta, de quibus ante rogatus est, perficere possit. *Alex. d. l. 1. num. 7 per authoritates ibi relatas.*

Tum (4) quod testatori ex delicto testis præiudicium inferendum non sit. *Alex. ibidem, num. 7.*

Tum (5. 6.) quod vnius testis inhabilitas ex aliorum habilitate, & vnius defectus ex aliorum numero suppleatur. *Gabr. Roman. lib. 1. recept. conclus. tit. de testib. conclus. 7. & 8.*

At quando testis ad probationem adhibetur, illud tempus, quo in iu- 8
dicio adhibetur, spectari conuenit. d *Ita textus dict. l. 3 sup. de testib. cum concordant.* & contraria regula procedit. *DD. locis præcitatis.*

d Quid? si testis tẽpore productionis, & dum iurat, sit habilis: & postea quando deponere debet, inhabilis fuerit. Vide *Bartol. in dict. §. conditionem. num. 7. Castrens. num. 7. Angel. num. 1. Alberic. de Rosat. & Ludouic. Roman. num. 2. dicentem, textum esse rotundum in cap. praeterea. de testib. cog. Alex. dict. l. 1. num. 9.*

Et hinc infertur I. puberem testari posse de illis rebus, quas impubes e vidit. *Bart. d. §.* f *conditionem. num. 4. Bald. num. 5. Alber. de Rosat. & Imol. nu. 8. 9. Iust. Reub. in tract. de testib part. 1. num. 11. cum seqq.*

e Ratio, quia inspicitur tempus, quo in iudicium producitur.

f Bartolus ibi examinat etiam quæstionem, quid iuris sit in cæco, de his, quæ vidit, antequam efficeretur cæcus. Theoricam autem, quod pubes testetur de his, quæ vidit impubes, bonis rationibus comprobat Reuberus, & eandem explicat *Imola loco relato.* Hæc cotidie occurrunt in materia finium. Quando enim fiunt inspectiones & visitationes finium, (wann man Grentzen bezeucht/) plerunque etiam adhibentur pueri.

Hinc infertur II. eum, qui excipere vult contra testes, non ita opponere debere, quod non sint, aut quod non fuerint idonei: sed quod tempore productionis & iuramenti fuerint inhabiles. *Ias. d. l. 1. num. 8. vers. vltimo antequam.* qui multum commendat.

Et

Et licet *Iaſ.* prædictæ conciliationi opponat, *g* quod iura volentia tempus productionis in teſte ſpectandum, non diſtinguant: Verũ ad ſolennitatem, an vero ad probationem teſtis adhibeatur: Et quod ex hac diſtinctione ſumma abſurditas conſecutura ſit, eam ob cauſam, quod admiſſa hac diſtinctione, in teſtamento paterno, militari, & ad pias cauſas, diſpoſitionem *d.* §. *conditionem.* ceſſare oporteat: quum in hiſce minus ſolennibus diſpoſitionibus teſtes non pro ſubſtantia, aut ad ſolennitatem, ſed probationis ergo tantum adhibeantur. Cui porro conſectarium ſit, quod iura maiori fauore teſtamenta, non paterna, non militaria, non ad pias cauſas facta, quam illa proſequantur: Tamen & receptiſſimum dogma eſt, *h* iura generalia penes alios textus eſſe diſtinguenda: & admitti *i* non debet. quod tamen *Alex.* incircumſpecte *d.l.1.num.8.* concedit, aliud iuris in teſtamento ſolenni, & non ſolenni hic ſtatuendum eſſe. Appellatione enim teſtamentorum etiam non ſolennia teſtamenta veniunt. Et quod in eiuſmodi teſtamentis fauorabiliter remiſſum eſt, vt teſtes ad ſubſtantiam neceſſarii non ſint, id ad euertenda illa retorquendum non eſt. *l. quod fauore. 6. C. de legib.*

g Materiam § 1. *h.* & *dict. l. 1. atque d.* § *sed quum aliquis.* omnium commodiſſime per viam regulæ & exceptionum declarabimus.

Regula eſt: quod teſtium habilitas & fides tũ ſpectetur, quando in iudicio producũtur, per *l. 3. ſup. teſtib.* Exemplum illuſtre eſt in pubere, qui deponit de his, quæ impubes vidit.

Declara hanc regulam 1. vt ita demum procedat, quando teſtes ad probationẽ (vt regulariter fieri ſolet) adhibentur: ſecus vbi ad ſubſtantiam actus deſiderantur, vt in materia n. h. Tum enim non tempus, quo teſtis producitur, ſed tempus actus celebrati inſpicimus: ſi teſtis conditionem mutauerit.

1. Quum ad initium poſteriora trahantur. 2. Et teſtes proprie loquendo tunc officio teſtimoniorum fungantur, quando producuntur. 3. Foretque iniquiſſimum teſtatoris ordinationi ex alterius culpa aut incommodo iniquam conditionem inferri.

Ita loquitur §. 1. *h.* in quo teſtamentum iure communi ſuſtinetur.

Amplia hanc fallentiam. Nam vbi ad ſubſtantiam teſtes requiruntur, tempus actus inſpicimus, etiamſi ille iure ſpeciali tantum ſuſtineatur. Ita loquitur *d. l. 1.* & *d.* §. *ſed quum aliquis.* Vbi teſtamentum ab initio, vt oportebat, factum non eſt: ſed ex benignitate ſuſtinetur.

Quemadmodum enim iſto caſu, vbi iure communi teſtamentum valet, ad tempus teſtamenti reſpicimus: ita ex benignitate Impp. idem iuris tribuerunt illi teſtamento, quod iure ſpeciali ſubſiſtere eo caſu voluerunt: vbi teſtes communiter pro habilibus reputati fuerunt, ita vt teſti nihil imputari potuerit.

Et videmus alias etiam teſtamenta, quæ iure ſingulari ſubſiſtunt, vt teſtamentum militare, ad pias cauſas, &c cum aliis teſtamentis eodem iure cenſeri.

Hanc autem ſententiam, quod regula contraria procedat in teſtibus ad probationem requiſitis: iura autem noſtra loquantur in materia noſtra, vbi ad ſubſtantiam teſtes deſiderantur, impugnat Iaſ. duobus mediis.

1. Dicit, iura, quæ pro contraria regula adducuntur, non diſtinguere.

Reſpon. Iura non diſtinguentia, à nobis non diſtinguenda, ſine iuris authoritate: At legem generaliter loquentem alia lex diſtinguere poteſt, vt h.

2. Argumentum. In teſte ad probationem requiſito, ſpectamus tempus productionis.

Teſtes, qui in teſtamentis parentum, militum, ad piam cauſam adhibentur, ad probationem requiruntur. Ergo in talibus ſpectamus tempus productionis. Et per conſequens, teſtis conditionem mutans, non admittetur, ſed maior fauor erit teſtamenti ſolennis.

Reſpon. Ad maiorem: In teſte ad probationem requiſito, ſpectamus tempus productionis: Verum eſt in teſte, qui ad probationem deſideratur.

Ad minorem reſpondeo, quod teſtes in talibus teſtamentis requirantur ad probationem, non ſecundum ſtrictam iuris regulam, ſed fauore talium teſtamentorum conſtitutum eſſe: Quare ad eorum euerſionem trahendum non eſt.

h Reſponſio ad primum argumentum Iaſonis: quod regula contraria penes alia iura ſit diſtinguenda. Inſpicimus tempus productionis, ſaluis textibus noſtris.

i Reſponſio ad alteram obiectionem ab abſurdo. Teſtamenta minus ſolennia eodem cum teſtamento ſolenni priuilegio gaudent: imo maiori fauore digna ſunt: Quare & in illis teſtes, qui conditionem mutant, poſtea admittendi ſunt. Neque obſtat, quod ad probationem requiratur teſtis in talibus teſtamentis: Quia hoc fauorabiliter eſt ſtatutum pro hiſce teſtamentis. Ergo ad eorum euerſionem non eſt retorquendum.

9 Diligentiſſime notetur hæc diſtinctio: quod conditio teſtis inſpiciatur aut tempore, quo rogatur, aut tempore, quo producitur: nunquam autem tempore publicationis: quia apertura atteſtationum non pertinet ad officium teſtis. *Bald. d.* §. *conditionem. num. 4. Caſtr. num. 7. Imola num. 7.* qui vtilitatem huius doctrinæ monſtrat.

Vbi autem inſpicitur conditio teſtis tempore productionis, ibi, qui excipere vult contra teſtem, allegationes ſuas ad tempus productionis exacte dirigere debet. Quod practicis obſeruandum. Ita vbi conditio teſtis inſpicitur tempore actus celebrati, is qui contra teſtem opponere vult, allegationem ſuam ad illud tempus referre cogitur.

Ii 4 §. ſi

§. *si ab ipso testatore.*

9 *Testis etiam alieno annulo signare potest: & quæ tunc necessaria sint.*

Constat, testem testatoris vel alieno annulo testamentum signare posse, *vt hic. l. si vnus. 12. C. eod. §. possunt. Institut. eod.* Testamentariis namque signis plena fides *k* non habetur: sed solum apponuntur ad fidem, vt testes ipsa recognoscant, & ipsis cognitis, attestentur: *Alber. de Rozat. h. Alex. in l. si vnus. num. 3. C. eod. l. cum ab initio. 4. cum gl. verb. recognoscere. infr. quemadmod. testament. aper.* Exigunt tamen interpretes hoc casu 1. vt ipse testis signum cæræ imprimat. *Angel. & reliqui in d. §. possunt. textus est h. in §. si quis ex testibus. hac eadem l. l. pen. h. tit.* 2. Vt linum & cæra sint separata ab aliis. *gl. & Alber. h.* 3. Vt sigillans diserte mentionem de hoc faciat, quod alieno sigillo vtatur: quum alias vtens alieno tanquam suo, de falso teneatur. *Specul. tit. de probat. §. videndum. num. 16. Bart. hic. ibi Ang. num. 2. Castr. & Imol. num. 11. Salyc. in d. l. si vnus. num. 1. ibi Alex. num.* l 3. *DD. in d. §. testes.* Et licet hæc sententia receptior atq; tutior sit: si tamen testis eiusmodi significationem omittat, neq; testamentum vitiari, neque eum de falso teneri verius est, vt post *Fabr.* docuit *Vigl. d. §. possunt. num. 5.* 9

k In aliis actibus sigillo fides habetur tanquam authentico. Vide *Alex. leg. si vnus. num. 3.*

l Ibi Alexan. etiam tractat de signis alienis, quibus aliquis in bello vtitur aut alias: & an Notarius solitum chirographum omittere, & alio vti possit.

§. *signa.*

10 *Intellectus huius §.*

Intellige textum duobus concurrentibus. 1. si ex certa scientia & consulto testator signa turbarit, vt post *Dyn.* notat *hic Alberic.* 2. ante testamentum perfectum. Nam tunc verum est, quod testamentum non videatur signatum, id est, quod ipso iure tollatur. At si iam perfectum sit, etsi consulto testator tale quid faciat, non ipso iure, sed ope exceptionis testamentum tollitur. Hoc sensu glossam hic veram dicit *Bart.* & ita intelligunt eam *Castr. Alber. & Imol.* De qua materia sufficienter *in l. præcedenti. §. 1.* explicatum est. 10

§. *si quis ex testibus.*

11 *Transactio pro completa est, etsi testes signa sua non adiecerint.*
Tabellionum instrumenta non valent, nisi subscriptionibus & signis additis.
Consilia DD. non authentica, nisi subscriptio & sigillum addatur.
Quomodo textus hic conciliandus cũ regula, quod solennitas leuis non vitiet.

Notandum ex hoc textu, quoties plura copulatiue ad solennitatem actus requiruntur, quod vnius omissio totum vitiet: *Ita Bald. Castr. Angel. hic.* Aliud est in iis, quę ad solennitatem actus non pertinent, sed in signum testimonii, atque in vim probationis adhibentur. Ergo transactio inter aliquos facta, pro completa habebitur, etiamsi contrahentes, & qui transactioni interfuerunt, signa non apposuerint, aut aliis negociis impediti fuerint, quo minus ea apponerent. *Modest. Pist. cons. 35. quæst. 1. lib. 1.* 11

Ex hoc textu inferunt DD. 1. ad tabelliones, quod illorum instrumenta non valeant, nisi & subscriptiones atq; signa apposuerint. *Ita Bart. Bald. Castrens. Alber. de Rozat.* 2. inferunt ad consilia DD. quod authentica non sint, nisi subscriptio & sigillum addatur. Et ita quidem Facultates Iuridicæ responsa sua edere consueuerunt. Addit *Castr.* exceptionem, si consulentis manus nota sit.

Contra hunc textum oppono: quod solennitas leuis non vitiet, vt dixi supra, de testamento cœci, quod præfatio, quam ibi Imperator desiderat, sit de solennitate leui. Item, vt legata ibi præponantur institutioni, est solennitas leuis. Tales leues solennitates omissæ nõ vitiant. Sed eiusmodi solennitas videtur subsignatio testis. Ad hanc obiectionem respondet *Bologn. in l. nemo. n. 280. inf. legat. 1.* vbi in specie de hoc textu agit. Et de solennitate leui vltra ea, quæ supra dixi, videatur *Ias. in l. si vnus. nu. 3. 4. 5. C. de testam.*

§. si-

§. *signum autem.*

12 *Testamenta annulo signatorio signabantur. Hodie ex Nouella Imperii cõstitutione, quodlibet signum habens* χαρακτῆρα, *sufficit.*

Per signa tabellionum signatum testamentum non valet.

12 Docet hic Vlpianus, etsi homines varie signent, ad subsignanda tamen testamenta annulo tantum habente χαρακτῆρα, & signatorio vtendum.

Hæc sententia multis suspecta videtur.

1. Aiunt, Vlpianum non de figura Geometrica, triangula aut quadrata, vel rotunda, sed de signo, id est, sculptura & charactere agere: quemadmodum Augustus sculptura & imagine Alexandri Magni: Scipio Aphricanus patris imagine: Pompeius leone, qui gladium gestaret, vsus sit. Nihil ergo referre, vtrum imago anulo, vel alii rei insculpta sit.

2. Vlpianus hic clare scribit, homines varie signare. Vult ergo nihil referre, anulone an alia re signetur, dummodo χαρακτῆρα habeat.

3. Alieno quoq; anulo signare licet: Imo vno anulo omnes signare possunt.

Hæ rationes faciunt, vt locus hic Vlpiani non veteribus modo, sed & recentioribus doctissimis iuris suspectus fuerit.

Eguinarius Baro, Franciscus Connanus, & Franc. Hotom. existimant, in hoc textu deesse particulam NON. Sic ergo legunt: Et magis est, vt non tantum anulo quis possit signare.

Hinc Bart. noster ita textum summat: Signari potest anulo, vel sigillo, vel quouis alio signo. Eandem sententiam sequitur Angel. Et *Imol.* Cõmuniter non tenetur, (inquit ille) quod glossa dixit, (id est, de signatorio anulo.) Quia sequeretur, quod non posset sigillari cum sigillo habente characteres & signa. Quod non est verosimile legislatorem voluisse: cum non sit dare bonam rationem diuersitatis.

Ideo dixit *Specul.* quod illud, quod leges appellant anulum, in hac materia Canones appellant sigillum. Hæc ille.

Alii pro illa textus lectione propugnant, quod tantum signatorio anulo testamenta possint obsignari. Quorum numero sunt *Vigl. Duaren. Robert. Aurel. Cuiac.* Et cum illa verba textus, (varie enim homines signant,) pro ratione dubitandi à Iureconsulto fuerint posita: In iure autem nostro, ratio dubitandi semper decisioni textus aduersetur: mirum est, tot præstantes viros, de textus sententia dubitare potuisse, pro qua & Florentina lectio pugnat.

Paucis ergo sensum textus Grammaticum constituemus.

Deinde quid hodie in practica seruetur, dicemus.

Quum varie homines signare Vlpianus hic scripserit: varietatem autem incertitudo, quam omnem à testamentis procul abesse conuenit, sequatur: hinc factum, vt inter reliqua testamentorum solennia, hoc quoque ob maiorem certitudinem constitutum sit: vt nulla alia re, quam annulo habente χαρακτῆρα, id est, signatorio, testamenta signarentur.

Tum (1) quod veteres (vt *Macrob. lib. 7. Saturnal. c. 13.* scribit) signandi causa, anulum secum circumferrent: qui & signatorius dicebatur. *l. signatorius. 74. infr. verbor. signif.* cuius character eo notior omnibus esse potuit, quod semper in digito gestaretur, vt ostendit *Duar. hic, sub rubr. de testamentis in scriptis. vers. quarto præter subscriptionem.*

Tum (2) quod eodem Macrobio teste, *m* non plus quam vnum habere anulum signatorium licuerit: quod ad maiorem certitudinem fecit plurimum: quum interim varie homines signare hic Vlpianus scripserit.

Recte ergo atque vere gl. hic textum de anulo signatorio tantum accipit, quod & sequitur *Roman. ibi, & Cuiac. Vigl. in §. possunt. Instit. eod. Duar. loco relato. Brisson. libr. 6. formul. vers. cæterum & de tabul. fol. 572. & libr. 7. versic. alia postea Prætorum. fol. 654. Ioann. Robert. recept. lect. libr. 1. c. 21. Cuiac. lib.*

m Vnum anulum signatorium habere licuit. At plura signa quis habere potuit.

Anulo signatorio tabulas fuisse obsignatas, vel vnus Plautus *in Curcul. act. II.* idoneus autor est, *Brisson. hic relat.* Vnde autem primus anulorum vsus emerserit, docet Georg Pictor *lib. 2. philologiæ cap. 18.* & Pacian. *de probat lib. 2. cap. 42. n. 14. cũ seqq.*

libr.14. obseruat.c.11. Vt proinde *Bart. Angel. Imol. & ex recentioribus Eguinarius Baro, Francisc. Connan. & Dn. Hotoman. lib.1. obseruat.c.2. & dict.* §. *possunt.* frustra in textu nostro particulam NON requirant.

At Nouella Imperii Constitutio. **Von Notarien** *sub rubr.* **von Testamenten.** *vers.* **Nun die Form eines Testaments/ꝛc.** *& vers.* **Es mögen auch/ ꝛc.** Bart. Ang. Imol. & aliorum sententiam comprobauit, quod videlicet sufficiat: **Daß ein Testament mit gewöhnlichen Sigeln vnd Signeten bezeichnet werde.** Requiruntur ergo sigilla habentia characteres. Nam per signa tabellionum signatum testamentum non valet, vt post *Ruin.* docet *Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib.2. interpr.2. dub.2. solut.2. num.11.*

§. *posse nocte signari.*

13 *Noctu testamentum signari potest, & quid hoc casu necessarium.*

Dummodo tria lumina accendantur, vt in specie requirit additio ad *Mathesil. singul.124. Petr. Ioan. Ancharan. lib.2. qu.11. num.8 9. arg. l.1.* §. n *tria lumina. supr. vent. inspic.* Quum ad substantiam testamenti exigatur, vt testes testatorem videant, quemadmodum supra in materia testium, ex *l. si non speciali. 9. C. de testament.* dictum est. At testis, qui se noctu aliquid vidisse dicit, vt falsarius reprobatur, nisi lumen accensum fuisse probet. *Bald. dict. leg. si non speciali. num.1. ibi Ias. num.10. Crot. de testib. part.7. num.175.* Quibus addantur, quæ DD. tradunt *in l. more. ibi Bart. num.2. Castr. num.9. sup. feriis. Bart. & reliqui in l. non minorem. C. de transact.* 13

n Quum in contractibus noctu factis tria luminaria requirantur: Multo magis id dicendum in testamẽtis, in quibus tractatur de maiori periculo. *ita Ancharan.*

§. *fin.*

14 *Signatæ tabulæ intelliguntur, etsi signa non tabulis, sed linteo fuerint impressa.*

Signato continente intelligitur signatum contentum.

Ratio dubitandi ad textum esse potest, quod Neronianis temporibus, 14 vt *Tranquil. in Nerone, c.17.* refert, aduersus falsarios tunc primum repertum fuerit, ne tabulæ nisi pertusæ, ac ter lino per foramina traiecto, obsignarentur. Quod Paulus *lib.5. sent. tit.25.* his verbis docet: Amplissimus ordo decreuit eas tabulas, quæ publici vel priuati contractus scripturam continent, adhibitis testibus, ita signari, vt in summa marginis, ad mediam partem perforatæ, triplici lino constringantur, atq; impositæ supra linum ceræ signa imprimantur. *Brisson. lib.6 formul. fol.571.* §. *caterum & de tabulis. libr.7. fol.655. vers. ad obsignanda autem testamenta.* Hac tamen ratione nil obstante, decidit Vlpianus, signatas tabulas accipi, etsi non tabulis ipsis, sed linteo, quo tabulæ inuolutæ sunt, signa impressa fuerint. Ita *in l. hac consultissima. in princip.* dicitur: licere per scripturam conficientibus testamentum, cõsignatam vel ligatam, vel tantum inclusam, inuolutamq; proferre scripturam, eamque rogatis testibus obsignandam & subscribendam offerre. Estq; decidendi ratio, quod tabulæ testamenti non tantum clauderentur, sed & linteo inuoluerentur, linoque ter quaterque circumducto ligarentur, vt apparet ex textu hic, *& l.3.* §. *aperire. cum duob.* §§. *seqq. inf. ad SC. Syl. l.1* §. *fin cum gl. infr. bonor. possess. secund. tab. Brisson. locis relatis.* Vt proinde obsignato continente & contentum obsignatum intelligatur. *Bart. Bald. Alber. Castrens. & Imol. hic.*

Notetur hęc pulchra theorica: Signato continente, intelligitur signatũ contentum.

Hinc enim infertur 1. acta dici clausa & sigillata, siue imprimatur sigillum chartæ, siue linteo, quo acta inuoluta sunt. *Ita Bald. & Castren. hic.*

Infertur 2. illum dici captum in persona, qui fuit retentus suis vestimentis. *Ita Bald. & Castrens. hic.*

Infert

Infert 3. ex hoc textu admirabilem casum *Ang. hic.* quem & refert *Imol.* de Notario, qui omnia Protocolla in folia redegerat. Quum autem illa folia non essent authentica, & magna pestis grassaretur, ipseque correptus peste fuisset, ita vt singula folia authentica facere non posset: omnes illas chartas vno sacculo inclusit, addito pergameno paruo authentico, in quo scripsit, illa folia esse suas rogationes, tandem os sacculi chorda conclusit: & chordæ signum impressit. Dicit *Ang.* omnia illa Protocolla pro authenticis fuisse habita, idque ratione ex textu nostro deprompta: quia paria sint, siue continens, siue contentum signetur.

L. si testamentum.

1 *Huius legis declaratio remißiue.*

1 Explicata supra *ad l. hæredes palam.* §. *si quid post.*

L. vnum testamentum. 24.

1 *Testamentum capitur aut pro scriptura testamenti, aut pro sententia voluntatis nostræ.*

2 *Quemadmodum vnum testamentum pluribus codicibus, ita plura testamenta vno codice conscribi possunt.*

1 Dicitur hic vnum testamentum pluribus exemplis, id est, exemplaribus, *Bald. & Castr. hic num. 4.* consignari posse. Idem traditur *l. fin. infr. his quæ in testam. del. l. 1. §. si quis in duobus. inf. bon. poss. secund. tab.* Ratio dubitandi, quod paganus cum duobus testamentis decedere nequeat. At quando vnum testamentum pluribus exemplaribus consignatur, cum duobus testamentis paganus decedere videtur. Nam aut testamentum in duobus codicibus simul signatis conscribit, aut in duobus separatim signatis eodem exemplo: & hoc posteriore casu duplex testamentum esse videtur. In hanc sententiam citat *Cuiac. hic Suetonium in Tiberio.*

Respondent DD. nostri testamentum duobus modis accipi: 1. improprie, quemadmodum vulgo capitur pro scriptura testamenti, *vt tot. tit. in rub. & nigr. inf. quemadm. testam. aper. l. fin. C. edict. D. Hadr. toll. l. Paulus. inf. ad l. Falcid.* Hoc sensu testamentum dicitur quid corporale, & multiplicari potest, vt hic dicitur testamentum pluribus exemplis consignari posse. 2. Proprie pro sententia voluntatis nostræ. Ita est quid incorporale, & intellectuale, & vnum. Nam si esset aliquid corporale, tot dicerentur testamenta, quot fiunt scripturæ. At textus dixit, vnum testamentum pluribus exemplis consignare quis potest. *Ita Bart. Bald. Castrens. Imol. hic.*

Hoc inquam sensu vnum testamentum est, siue in codicib. duobus simul & semel, vel separatim signatis scribatur. *d. l. fin. & d. §. si quis in duobus.* Imo si in duobus codicibus simul signatis, alios atque alios hæredes testator scripserit: & vtrumque extet, ex vtroque quasi ex vno competit bonor. possess. Quia pro vnis tabulis habendum est; & supremum vtrumque accipiemus. *d. l. 1. §. sed et si in duobus.*

Vnde *Bartol.* colligit I. si pro testamento certa gabella soluenda sit, vnam tantum soluendam, licet centum exemplaria testamenti essent confecta.

II. Hinc infert *Bald.* numerum scripturarum non necessario inferre numerum factorum. Quod ille notandum dicit pro Notariis, qui de suo falso rogitu plura exempla extrahunt. Nam semel tantum puniendos existimat. *Ita hic num. 1.* Quod tamen declarant *Castr. & Imol. ibidem.*

2 Notandum, quemadmodum vnum testamentum pluribus codicibus, vel simul, vel separatim signatis conscribi potest, *vt hic, & l. fin. infr. quemadmod. testament. aper. l. 1. §. si quis in duobus. infr. bonor. possess. secund. tab.* Ita coniugum duo testamenta vno codice consignari posse. *Angel. hic. ibi Cuiac. Ludouic. Lana de formul. testament. num. 16. Bellon. consil. 85. num. 9. Mynsing. obseruat. 8. cent. 1. Pec. de testament. coniug. c. 43. (in editione nouissima) Gail. obseruat. pract. lib. 2. obseru. 117. Graff. §. testament. quæst. 90.* Quorsum etiam pertinet *Constit. Electoris Saxoniæ part. 2. tit. 43. & responsum domini VVesenb. 69. num. 9.*

L. si

L. si quis testamentum. 25. & l. ex ea. in princip. infr. hoc eod.

1 *Ex testamento ratione voluntatis imperfecto nil debetur.*

Testamentum eiusmodi ne quidem vt codicillus valet.

2 *Testamentum imperfectum ratione voluntatis, ne quidem inter liberos tenet.*

3 *Testamentum tale nil valet, etsi instituendi sint incapaces.*

Imo ne quidem ad pias causas valet tale testamentum.

4 *Idem in eo, qui obmutuit, antequam testamenti scriptura relegeretur.*

5 L. iubemus. §. quod si nõ fuerit. C. eod. *sensus, & cum textu nostro conciliatio.*

Testamentum non præsumitur imperfectum ratione voluntatis.

Notandum, ex testamento ratione voluntatis imperfecto nil debe- 1
ri: o *text. hic. & ibi omnes DD.*

o Ratio decidendi est, quod omnium actuum humanorũ duo principia sint, volũtas & facultas, quorum concursũ omnia fiunt, & altero deficiente, nihil fit.

Amplia 1. Nam eiusmodi dispositio ne quidem quo ad ea, quæ facta sunt, tenet. Ergo neque quo ad institutionem, neque quo ad legata, neque vt testamentum, neque vt codicillus valet, etiamsi clausula codicillaris expressa ibi foret. *gloss. & DD hic. ibi Castrens. num. 2. 3. 4.* Quod satis probat *d. l. ex ea scriptura. in princip. ibi DD. l. fideicommissa. 11. §. 1. inf. legat. 3. Duaren. hic sub rubr. de effectu solennitatis sententiæ.* Quod & ad legata pia pertinet. *Bald. d. l. ex ea scriptura. ibi Imol.*

Amplia 2. Nam licet testamentum ratione solennitatis imperfectum 2
inter liberos, cæteris paribus, sustineatur: *l. fin. C. famil. hercisc. l. hac consultissima. §. ex imperfecto. C. hoc. tit.* Tamen si ratione voluntatis imperfectum sit, ne quidem inter liberos tenet, *vt hic. & d. l. ex ea scriptura. d. l. fideicom. §. 1. Bart. Castrens. Cuiac. & cæteri hic. DD. in d. § ex imperfecto ibi Salyc. nu. 7.* & hanc sententiam veram *Ang. hic.* & ab omnibus approbatã dicit *Clar. §. testamentum. q. 9. Graff. § testamen q. 12.*

Amplia 3. vt testamentum nihil valeat, etiamsi qui instituendi, id est, 3
quos testator omisit, erant incapaces. *gl. Bart. & Ang. hic.*

Amplia 4. in testamento ad pias causas. *DD. hic. ibi Castren. nu. 3.* Et hanc *Angel.* veram dicit: & receptissimam sententiam esse, constat ex iis quæ tradunt *Clar. d. § testamentum. q. 7. Dom. de Magd. de num. test. in testam. requis. part. 2. c. 5. num. 2. Graff. § testamentum. q. 19.*

Amplia 5. in eo, qui totum testamentum fecit, sed obmutuit, ante- 4
quam aut tota scriptura relegeretur, aut Notarius, quem adhiberi voluit, adueniret. *Ita DD. hic. ibi Castrensis num. 3. Duaren. loco relato. Bart & Imol. d. l. ex ea scriptura.* p Pro cuius ampliationis intellectu ea, quæ supra circa V. substantiale testamenti, §. secundo ad solennitatem testamenti, &c. dicta sunt, repetantur.

p Hæc est antiqua quæstio inter Oldradum & alios. Si testator non suspendit actum, res clara est, ex hoc textu, quod testamentum valeat, nisi constet clare, quod aliquid amplius voluerit ordinare.

Protocollum tamen Notarii nihil valebit.

Aut suspendit actum.

Et tum si habuit facultatem ea, quæ destinauerat, faciendi, non autem fecerit: testamentum perfectum est. Quia propositum faciendi abiecisse putatur. Dixi lege præcedente, §. *si quid post. in fin.*

Aut non habuit facultatem ea faciendi. Tum si est quæstio de voluntate dispositionis, res est certa, quod dispositio nihil valeat.

Si autem quæstio sit de voluntate solennitatis, & actus iam alias subsistat secundum regulas iuris, ea solennitatis imperfectio non videtur aliquid curanda esse. Videatur Hotoman. *consil. 55. num. 6. & 14.* Hæc distinctio videtur iuri magis congrua.

Declara hanc sententiam 1. in casu *l. iubemus. 29. vers. quod si non fuerit C. eod.* vbi si testator quorundam hæredum nomina manu sua, aut voce expresserit, quorundam non expresserit, testamentum aut in totum non valet, si omnia hæredum nomina prætermissa sint: aut saltem in eius hæ-

redis

redis persona, qui omissus est, non subsistit. Sed obseruandum, in casu hoc, testamentum esse cœptum & perfectum, & nullam voluntatis, sed solennitatis tantum aliqualem imperfectionem, ita omnes sentiunt teste *Ias. ibi num. 9.* esse. Ideoq; Iustinianus censuit ea in re, quæ ab ipso primum introducta esset, totum testamentum non infirmandum. At in textu nostro constat, testatorem testamentum suum cœpisse, non perfecisse. Non ergo absoluit, quod volebat complecti testamento suo. Et forte institutioni primorum hæredum conditionem adiecisset, si testamentum totum implere ei licuisset, quo fit, vt ea etiam, quæ iam disposuerat, concidant. *Ita Martin. Silin. Iacob. de Arena, Iacob. de Rauen. Iacob. Butr. Cyn. & reliqui in d. l. iubemus. Bart. Bald. Alberic. Castrens. Imola Cuiac. & reliqui hic Duaren. loco relato.*

Declara 2. Nam testamentum non præsumitur imperfectum ratione voluntatis, nisi probetur. Quia nemo præsumitur plus habere in corde, quam ore expresserit. Ideo constare debet, quod plura disponere voluerit testator, puta, quia dixit, se quatuor hæredes instituere velle: & cum duos expressisset, obmutuit, aut quia nuncupatis primis hæredibus, porro dixit, item, instituo, &c. & ita obmutuit, *text. est hic. & ibi DD. & Bald. & Castr. num. 1. Menoch. de præsumpt. libr. 4. tom. 1. præsumpt. 5. num. 1. & seqq.*

L. cum lege. 26.

1 *Intestabilis quis sit.* 2 *Infamis quando à testimonio testamentario repellatur.*

1 Ex coniunctione *l. is cui lege. in princ. & §. fin.* cum nostro textu, intelligitur, quid sit esse intestabilem. Intestabilis est 1. qui testamentum facere non potest. 2. Cui testimonium dici nequit. 3. Et qui ipse quoque ad testamentum adhiberi non potest. Idem docet *gl. fin. hic.*

Contra hanc sententiam multa opponuntur.

1. Ait *gl. hic.* furiosum & mente captum esse intestabiles: & tamen iura sua per curatores prosequi, & illis proinde testimonium dici posse.

Multæ proponuntur responsiones: sed Azonis responsionem *Alberic.* communiter probatam & *Castren.* veram dicit: quod textus in prima parte generalis sit (quod videlicet eius, qui intestabilis est, testimonium non recipiatur) in posteriore autem specialiter de testimonio testamentario accipi debeat: vt sensus sit, talibus testimonium testamentarium dici non posse, cum testari nequeant.

2. Rursum opponunt de filiofamilias, quem dicunt esse intestabilem, & tamen testimonium dicere posse.

Respondent aliqui, filiumfamilias intestabilem non dici. alii addunt, etsi intestabilis esset, textum tamen nil obstare, quando accipiendus sit de illis, qui propter delictum, aut culpam intestabiles sunt.

Iterum obstat *l. pen. C. hæret. & Manich.* vbi hæreticis, qui intestabiles sunt, testimonii dicendi facultas non denegatur. sed & hæretico ibi dicitur testimonium, vt *Bart. hic.* illum textum adducit.

Respondet *Bartol.* in testamento non dici hæretico testimonium: quia testari nequeant: in aliis sic. Sed ille ad totam obiectionem non respondet, quod textus ille clarissime dixit: hæreticum in testamento testem esse non posse.

Quare tu ad omnes hasce obiectiones responde, neque mente captum, aut furiosum, neq; filiumfamilias, neque hæreticum intestabilem esse. *Duar. hic sub rubr. de his qui testamenta facere possunt. versic. præterea ad hunc locum pertinet*

Et satis ex iuribus præcitatis liquet, ad hoc, vt quis intestabilis sit, requiri 1. delictum aut culpam. *d. l. is cui lege. in princip. & §. fin.* 2. Vt lex quem intestabilem esse dicat. *dd. iurib. & in textu nostro hic.*

2 Ad glossam *fin. hic.* quod infamis in testamento testis esse possit, nisi apud omnes notorie infamem esse constet, *vltra Bald. Alber. Castren. & Imol. hic.* videatur *Gabr. Rom. lib. 1. recept. conclus. tit. de testib. conclus. 19. num. 10.*

L. Domicius. 27.

1 *Communis lectio textus.*
2 *Bartoli lectura.*
3 *Textus etiam procedit in Notario.*
Textus noster & Nouella Imperii von Notarien/ *sub rub.* von Testamenten/ *vers.* vnd sollen die Notarien/ *&c. declaratur.*
4 *Notarius testis & notarii personam gerere potest.*
Textus non debet esse de indubitabili.
Iurisperitorũ quorundam ingenia tumida.
Quo quisq; generosior est, eo magis benigne, etiam inepte interrogantibus respondet.

q Casus. Quidam adhibitus ad testamentum scribendum, fuit etiam rogatus, vt esset testis, subscripsit ergo & subsignauit: Quæ rit Domicius Labeo à Celso, an iure testis sit adhibitus? Dubitauit Labeo, vtrum adhibitus ad scribendum testamentum, etiam testis officio, & sic duplici munere in testamento fungi posset? Deciditur quod sic.

r Hoc textus dicit, eum qui interuenit vt testis, posse testamentum scribere. Vel econtra eum, qui interuenit vt tabellio, posse rogari, vt sit testis. Ita Cyn. summat loco relato.

s Id est, lecturam.

x Fortun. Garc. *in l. Gallus. §. idem credẽdum num. 6.* Bartoli intellectũ probat, quod scriptor testamenti, qui cum aliis testibus signauit, rogatus præsumitur & sit legitimus testis: sed stultam nihilominus Labeonis dubitationem fuisse, & Celsum, id quod Labeo interrogauit, probe intellexisse contendit.

Quærit in hac lege Domicius Labeo, q vtrum scriptor testamenti, testis in eodem testamento adhiberi possit? Respondet Iuuentius Celsus, consultationem indubitabilem esse. 1

Tum (1) quod testis & scriptoris officia compatibilia sint. *Angel. hic.*

Tum (2) quod omnes ii testes esse possint, quibus id iure prohibitum non est. At nullo iure scriptori testamenti testimonio interdictum est. *Duaren. ad tit. n. hic. sub rubr. de testib. in testamento idoneis. vers. alii quibus non interdicitur nominatim.*

Atq; ita Domicii quæstionem Iuuentius accepit, vt ex textu clare constat. Ita etiam communiter hoc responsum legitur, authore Baldo hic. *Cyn. in l. hac consultissima. num.* r *8. C. qui testam. fac. poss.*

Etsi autem *Bart.* contendat, Domicium non hoc, quod Celsus intellexerit, sed aliud quippiam interrogasse: Vtrum videlicet tantum ad scribendum testamentum adhibitus, qui testamentum signauit, etiam loco testis rogatus habeatur, ea dubitandi ratione: quum testis in testamento, vt testis adhiberi debeat: *l. hæredes palam. §. pen. sup. hoc tit.* & in ea sententia sit, quod hoc sufficiat: quum ex testatoris patientia scriptorem scienter subscribere & signare permittentis, tacitum mandatum inducitur: quemadmodum Bartoli elegantem & insignem doctrinam *Angel. & Imol.* declarant. In eo tamen Bartoli sectatores errant, dum ex illius doctrina nouam huius textus lecturam constituunt: quod videlicet adhibitus ad testamentum scribendum, intelligatur etiam rogatus, vt sit testis secundum quam s textum hunc non esse alibi *Angel.* dixit, quod & *Imol.* sequitur. Nam *Bart.* clare testatus est: Celsum quæstionem propositam non intellexisse, eoque indecisam reliquisse: x Vt proinde alia quam recepta lectura hic statui nequeat. 2

Etsi autem textus hic in Notario non loquatur, vt visum est Dyno, teste Bartolo, *hic num. 3.* Cuius sententiam veritatem esse dixit *Bald.* & probat *Salyc. in l. hac consultissima. num. 7. C. qui testament. fac. poss. Nell. à S. Gemin. in tract. de testib. part. 1. num. 88.* Tamen quum scriptorem testamenti testem adhiberi posse constet: idem de Notario DD. concludunt. Et, quod huius consequens est, Notarium numero testium comprehendi tradunt. Idq; hodie noua Imperi Cõstitutione von Notarien. *rubr.* von Testamenten. *versic.* Vnd sollen die Notarien/ *&c.* clarissime deciditur: Daß zu auffrichtung der Testament zum wenigsten sieben Zeugen noth seyn / in denen (id est, inter quos 7. testes) der Notarius auch gezehlt wird. 3

Verum ne hic impingamus, notandum, ad hoc, vt decisio *legis nostræ, & d. Nouella Imperii* procedat, requiri, vt scriba vel Notarius non secus atque alii subscribat & subsignet. Vnum enim sine altero non sufficere constat. *d. l. ad testamentum. §. si quis ex testibus.* Ita *Aretin. h.* Et hunc verissimum atque

atque communem huius legis intellectum esse tradit *Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 13. num. 63.*

II. Requiritur, vt rogetur. quanquam si ad scribendum testamentum adhibetur, id sufficiet: vt *Bart. h.* singulariter docet, quem *Ang. Castrens. & Imol.* sequuntur. cuius sententiæ *præcitata Nouella quoque Constitutio Imperii* fauet.

III. Necessarium est, vt examinetur tanquam testis: & proinde interueniat vt testis. In numero namque testium non aliter Notarius computari potest, nisi testamentum probetur per testes. aliud, si absque testium examinatione probetur per instrumentum. Nam tunc in numero testium, qui in instrumento testamentario adhibendi & scribendi sunt, Notarius haudquaquam computatur. Hæc est glossa solennis *in leg. hac consultissima. verb. octauum. ibi Cyn. num. 8. Bartol. num. 3. Alberic. num. 3. Ang. num. 6. Salyc. num. 7.* dicens, omnes ita tenere y *ibi Castrens. num. 3. vers. sed quia. Alexand. num. 12. Cod. qui testamentum facer. poss. Doctores hic, ibi Bartol. num. 3.* dicens præcitatam glossam z esse veram, & teneri ab omnibus, *Bald. num. 1. Aretin.* qui ipse etiam communem dicit. *Angel. num. 1. Alberic. Castrens. num. 2. Imol. num. 1. Nell. de S. Gemin. in tractat. de testibus. part. 1. numer. 88. Couarru. c. relatum. el 1. num. 11. versic. tertia conclusio. & c. cum esses. num. 1. versic. sed & illud. extr. eod. late Dominic de Magdal. in tractat. de numer. testium. in testament. requisit. part. 1. cap. 29. Mascard. de probation. libr. 3. conclus. 1352. num. 55. Graff. libr. 2. receptar. senten. cap. 4. quæstion. 34.* Estque ratio diuersitatis atque decidendi apertissima. Si enim Notarius subsignat, subscribit: si vt testis iurat, & examinatur, nulla ratio facit, cur admitti non debeat, vt Celsus hic respondit stultam Labeonis dubitationem appellans. At quando de probatione per instrumentum agatur, diuersissima tabellionis & testium officia esse constat: præsertim cum iura ad instrumentorum substantiam diserte requirant: 1. Vt sit confectum à Notario: 2. Vt competens numerus testium adsit. *§. sed et si instrumenta. in Auth. de instr. caut. & fid.*

y Ipse tamen in illo membro, quando testamentum probatur per testes, distinguit, vtrum Notarius sit adhibitus vt Notarius, vel vt alius scriptor. Sed Nouella Imperii & DD. indistincte loquuntur.

z Glossam illam omnes DD. probāt: sed in eo improbatur, quod ibi hoc ius speciale esse ait.

Porro si tabellio inter testes computaretur, iam ad instrumenti confectionem vnus testis cum tabellione sufficeret. *Doctores locis præcitatis, & præcateris Castrensis in dict. versic. sed quia. numer. 3. ibi Alberic. numer. 3. & Alexand. num. 12. Baldus dict. l. Domicius. num. 2. ibi Castrens. num. 2. Imol. num. 1.*

1. Notat *Bald.* Notarium duplicem personam, & duplex officium gerere posse, *in l. qui testamento. §. quæcunque. num. 5. sup. de testament.* Quod sane accipiendum, ne hinc inferatur, quando agitur de testamento per instrumentum probando, Notarium & testis & Notarii vicem supplere posse: neque enim bis computari debet. *Castrens. d. vers. sed quia. num. 3. Idem hic num. 2.* Quando ergo duplex officium gerat, vide *per Bart. Castr. & reliquos in l. seq.*

2. Notandum hic, textum non debere esse de indubitabili. Similis textus est *in §. affinitatis. ibi, quod ita accipi debet. Institut. de nuptiis. Dominic. de Magdalen. in tract. de num. testium. in testament. requis. part. 1. cap. 14. num. 4.* Quod axioma limitat *Nenizan. in sylua nupt. lib. 6. num. 47.*

3. Disputant DD. hic, cur tam acerbe Celsus cum Domicio agat, quum tam benigne & clementer Impp. responderint non satis apte interrogantibus, *in l. vt responsum. C. de transact. in l. precibus. C. de impub. & aliis substitut.*

Ad hoc dicunt quidam, (ait *Alberic.*) quod hoc ideo contingit: quia communiter Impp. sunt strenui & nobilis generis. Iurisconsulti non sic, sed quandoque de genere vili & rustico. Quo enim quis nobilior est: eo clementior, mansuetior, placabi-

cabilior erga omnes, & maxime in subiectos: Vt non aliunde magis, quam ex ea virtute nobilitatem horum cognoscas, quemadmodum ex contraria natura ignobilitatem. Qua de re insignia loca habet *Tiraquel. de nobilit. cap. 37. num. 127.*

Ouidius de tristib. *lib. 3. Eleg. 5.*

Quo quisque est maior, magis est placabilis ira,
Et faciles motus mens generosa capit.
Corpora magnanimo satis est prostrasse leoni,
Pugna suum finem, cum cadit hostis, habet.
At lupus & turpes instant morientibus vrsi,
Et quæcunque minor nobilitate fera est.

Dahero werden stylo Imperii notissimo grosse Herrn / Grafen vnd Fürsten gnädig / Churfürsten gnädigst / vnd die Röm. Kay. May. Allergnädigste Herrn genannt / Darmit anzuzeygen / jhe höhe einer geadelt sey / jhe gnädiger er sey.

Ita Carolus V. crebris sermonibus hoc vsurpauit: Sicut stella Saturni, quæ summum locum inter Planetas teneret, tardissime moueretur: Ita Cæsarem Romanum, qui summum dignitatis in orbe locum obtineret, non facile moueri debere.

At qualia multorum eruditorum ingenia sint, quam tumida, quam arrogantia, Bauerstoltz / oben hinauß / vnd niergends an / quos liberalis educatio ad mansuetudinem flectere debebat, id contentiones illiberales multorum, & experientia cotidiana nimis manifestum faciunt. Vnd ist das heuer (wie man zu sagen pflegt) nicht new. Videat, qui volet, magnum catalogum veterum Iureconsultorum, qui sese mutuo pupugerunt, apud *Tiraquel. de nobilit. cap. 31. num. 534. cum seqq.*

Verum responsionem datam postea mitigat *Alberic. noster*. Honestior, inquit, responsio est, quod Celsus hic responderit Iureconsulto, id est, Domicio Labeoni, cuius *in l. 2. sup. orig. iuris* mentio extat. acrius ergo respondit, cum turpe sit Iureconsulto professionem suam, in qua versatur, ignorare. vt est textus *in d. l. 2. §. Seruius.*

Vtrum autem hic Domicius Iurisconsultus fuerit, nec ne, mihi non constat: neq; ea de re quicquam certi apud nostros est. Ego non credo, hunc Domicium Labeonem illum esse, cuius in prædicta *l. 2.* mentio exstat. [a]

Nam lex nostra deprompta est ex lib. 15. Digestorum Iuuentii Celsi. Fuere autem duo Iuuentii Celsi, pater & filius. Et filius quidem Iuuentius libros Digestorum scripsisse traditur. Quare illius hoc responsum esse videtur. Vnde porro sequitur, Domicium hunc Labeonem eum non esse, de quo *in d. l. 2.* mentio habetur. Nam ille non cum filio Iuuentio Celso, sed cum patre Celso sub Adriano Imperatore floruit.

Porro totum hoc caput de acerba Celsi responsione, & quæ circa illud interpretes nostri hinc inde tractant, *Imola hic nu. 2.* regula, & duabus exceptionibus pertractat. [b]

Regula est: Quod benigne sit respondendum.

Limita 1. Nam interdum acerbiore responso opus est ratione subiectæ materiæ.

Limita 2. si persona interrogans sit aut esse debeat instructa. *d. l. 2. §. Seruius.*

[a] Vide *Fortun. Garc. in leg. Gallus. §. idem credendum. num. 5. & 7. supr. de lib. & posthum.*

[b] Late de hac materia differit *Fortun. Garc. dict. §. idem credendum. n. 1. vsq; 10.*

L. seruus. 28.

1 *Testamenti scriptura est priuata: ideo seruus testamentum scribere potest.*
Notarius de suo testamento instrumentum licite conficit.
2 *De testamentorum scriptoribus remissiue.*

Ratio dubitandi.

Ad actus ciuiles quod attinet, serui pro nullis habentur. Sed testamentum scribere, videtur esse actus ciuilis: quum *in l. generali. C. tab. lib. 10.* seruus Notarius esse prohibeatur. 1

Ergo ad scribendum testamentum seruus non videtur admittendus.

Respondeo ad minorem: aliud est confectio, & aliud est scriptio testamenti: & inter scripturas quædam publica, quædam priuata. Scripturam publicam seruus facere nequit. Vnde & Notarius esse prohibetur *d. l. generali.* Aliud est scriptura priuata, qualis est scriptura testamenti. Hanc enim priuatam esse *gl. hic.* ex eo probat, quod etiam ipse testator suum testamentum scribere possit. Non posset autem illud scribere, si scriptura esset publica. Neq; enim priuata persona publicam scripturam conficit.

Aliud

Aliud est in Notario, qui de suo testamento instrumentum publicum recte conficit. Quum enim hic actus testamenti condendi non geratur cum alio, neque tendat in alterius præiudicium: Notarius duplici officio, & duplici persona, priuata & publica fungi potest. *arg. l.* c *si consul. supr. adoption. Bart. hic. ibi Castrens. num. 2. Bald. l. qui testamento. §. quæcunque. num. 5.* Neque obstat, quod Notarius officium suum non exequatur, nisi rogatus. quod hic non est. Nam ad illud bene respondet *Imol. hic, num. 2. Similem casum Bergomi habuit Alber. Ros. num. 17. C. nono Codic. faciend.*

c *Vide Bart. in d. l. si consul. num. 4. Bald. n. 8. & reliquos. Bart. in l. 2. num. 3. ibi alios. ff. stipul. seruor. Alber. Ros. num. 15. 16. 17. C. nono C. fac.* Ibi enim DD. punctum illum examinant, quando quis plurium personarum vice fungi possit. Quibus adde *gloss. & DD. in cap. ex literis. 3. ibi Felin. num. 10. qui copiosas remissiones habet, de probat. Damas. de Brocard. membr. 1. num. 41. Card. Iacob. de concil. lib. 2 art. 4. num. 34. Michael Vlcur. de regim. mund. q. 4. princip. num. 4. Restaur. de Imper. q. 80. num. 2. & 3.* Et contra eos, qui se multis officiis immiscent, est textus insignis *in l. fin. Cod. de assessor.*

De testamentorum scriptoribus videatur *Brisson. lib. 7. formul. versic. cæterum testamenta codicillosve. fol. 655. & seqq.*

L. ex ea scriptura. 29. in princ.

1 *Sensus textus remissiue.*

1 Dixi de hoc textu ad *l. si is qui. h. tit.*

§. 1.

2 *In testamento imperfecto ratione voluntatis nil operatur clausula codicillaris.*

3 *Accursius sententiam textus huius non percepit.*

2 Ad duo hic attendendum: 1. Qua formula testator vsus sit: 2. Quis illius sit effectus.

Si testamentum sit imperfectrum ratione voluntatis, nil valet, etiamsi clausula codicillaris adsit. Ita DD. communiter intelligunt principium huius legis. At aliud est, si ratione solennitatis testamentum concidat. Nam clausula codicillaris, vel alia similis, sustinebit testamentum, vt conseruentur & legata atque fideicommissa particularia, & institutio trahatur ad obliquam, ita vt venientes ab intestato restitutionem facere cogantur, detracta quarta Trebellianica. Ita DD. hic.

3 Accursius hic non percepit vim verborum Græcorum. Ille putat, testatorem hoc sensisse: legata, quæ reliqui, & fideicommissa dari volo ab omni hærede meo, etiam ab intestato.

Errat Accursius. Quia clausula, qua testator vtitur, etiam institutiones, non legata tantum, aut fideicommissa particularia comprehendit, vt notauit *Alciat. lib. 2 dispunct. cap. 19.* Ita enim habet. *πάντως τὴν διαθήκην βούλομαι εἶναι κυρίαν ἐπὶ πάσης ἐξουσίας.* Quorum hæc sententia est: *Hoc testamentum volo esse ratum quacunque ratione poterit.* Aut quemadmodum *Alciat*, ad verbum traducit: *Id testamentum volo firmum esse per omnem potestatem.* Quibus verbis clarum est, etiam comprehendi hæredis institutionem. quæ si iure directo sustineri nequibit, in fideicommissum flectetur. Ita *DD. hic. & Alciat. d. cap. 19.* Dixit enim Iurisconsultus, testatorem hisce verbis significare voluisse, vt omni modo valerent ea, etiamsi intestatus decessisset, id est, etiamsi testamentum vt testamentum consistere non posset, & proinde res duceretur ad causam intestati, quod tamen omni modo, quo possit (id est, vt codicillus, epistola) dispositio subsistere debeat. Notetur ergo hic regula: Testamentum, quod vt testamentum non valet, vt codicillum subsistere, si clausula codicillaris, vel alia similis testamento subiecta sit. Ita habemus glossam insignem *in l. cohæredi. 41. § 1. verb. non valuit inf. vulg. & pupill.* De qua videnda ea, quæ dixi in materia de testamentis, fallentia 30. & vltima. Et quæ necessaria sint ad hoc, vt vigore clausulæ codicillaris institutio directa trahatur ad fideicommissum, dixi in materia institutionis hæredis, ad regulam: Quod liberi instituendi, vel exhæredandi sint: fallentia 27. vbi dixi, receptissimam omnium DD. sententiam esse, quod vigore clausulæ codicillaris institutio directa trahatur ad fideicommissum, siue testamentum ob defectum testium, siue ea de causa concidat, quod liberi instituti vel exhæredati non sint. Quam quæstionem DD. hic mouent. Vt proinde vltra ea, quæ iam dixi, nil dignum additione nunc habeam.

L. penult.

1 *Huius textus cum* l. fin. C. eod. *concordia.*

Singulos testes testamento subsignare & subscribere debere, supra traditum est in materia testium. §. *secundo requiritur, vt testes competenter, &c.* sub vers. *septimo, vt testamento clauso.* vbi & forma subscriptionis tradita est. Quæ est huius legis materia. 1

Opponitur autem textui huic *l. fin. C. eod. tit.* vbi de testamento rustici dicitur: Si vnus aut duo, vel plures fuerint literati, liceat eis pro ignorantibus literas, præsentibus tamen, suam interponere subscriptionem: sic tamen, vt ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem, & maxime quem vel quos hæredes sibi relinquere voluerit, & hoc post mortem testatoris iurato deponant.

Aliqui respondent, textum *l. fin.* agere de testamento nuncupatiuo, in scripturam redacto: textum hic de testamento solenni in scriptis. Ergo nullam esse pugnam.

Hoc tenet *Bart. h.* & id verius esse *Angel.* dixit.

Sed contra hanc sententiam fortiter pugnat:

1. Quod hoc pacto rusticorum priuilegiata testamenta maioribus vinculis adstricta essent, quam aliorum testamenta. Nam & testamenta nuncupatiua in scripturam redacta, subscribenda essent, quod alias nullo iure cautum est.

2. Deinde DD. communiter fatentur, illam *l. fin.* quatenus priuilegium rusticis tribuit, coram quinque testibus testandi, non tantum de nuncupatiuo, sed de testamento quoque in scriptis accipiendum esse. Et hanc sententiam communem & consuetudine receptam esse, omnes DD. maximo consensu testati sunt, quos supra in materia testium testamentariorum adduxi, circa regulam: Quod septem testes in testamento requirantur: fallentia 15. Videantur *Clar. Vasq. Domin. de Magdal. Graff. locis relatis. & Ang. in l. fin. num. 4.*

Si ergo priuilegium de quinque testibus ad vtrumque testamentum pertinet: & proinde *d. l. fin.* de vtroque testamento disponit: necessario fatendum erit, præcitatum versic. de subscriptione agentem, ad testamentum in scriptis pertinere: quum in testamentis nuncupatiuis, etsi in scripturam redactis, nulla subscriptio testium requiratur, nisi forte mixtum sit, quale cæci testamentum esse constat.

Alii ergo aliter respondent, quod hoc sit speciale in testamento rustici. & hæc sententia vera.

Dicit Iureconsultus, singulos testes proprio chirographo annotare debere, qui & cuius testamentum signauerint. Qua de re supra suo loco expositum est. Neque obstat huic sententiæ *l. fin. vers. si vero vnus aut duo. C. eod.* Nam aut sumus in mere nuncupatiuo testamento, sine vlla scriptura condito, & subscriptio non requiritur: quoniam vbi scriptura non præcessit, nulla subscriptio fieri potest. Aut rusticus testatur in scriptis, & ne hoc quidem casu vnus pro alio subscribit, nisi concurrente necessitate, seu inopia literatorum. Nam tunc vnum literatum esse sufficit, qui pro aliis subscribat. Et hoc alterum *d* priuilegium rusticorum est, dummodo hoc posteriori casu testes, qui subscribere non possunt, testatoris voluntatem *e* audiuerint à testatore hæredum nomina exprimente, quod per *Auth. & non obseruato. C. h. tit.* correctum non videtur. Ita declarant *Ang. in d. l. fin. nu. 4. 5. ibi Castr. num. 5. Alex. num. 9. Imol. hic. f num. 2.* vbi eiusmodi testamenti genus non inepte mixtum appellat.

d Primum, vt testetur coram quinque testibus.

e Quando vnus pro alio subscribit, tũ testator suam voluntatem testibus manifestare debet.

f Ille loquitur, si quando testator vltro suam voluntatem testibus exponit. Sed *l. fin.* cogit testatorem, vt hoc faciat, quando videlicet in scriptis testari vult: & tamen non habet quinque testes literatos, qui subscribere possint. Testamentum autem, quod nuncupatiuum est, & scriptura comprehenditur, nuncupatiuum manet, neque requirit subscriptionem in aliorum quidem testamentis, nedum in hoc priuilegiato testamenti genere.

L. fin.

1 *Pro substãtia testamẽti requirũtur verba dispositiua, non a. sufficiunt verba iactatoria.*

2 *Vtrum verbum Volo iunctum cum infinitiuo dispositionem inducat.*

Ratio decidendi ad textum hæc est, quod pro substantia testamenti ante omnia de constanti & dispositiua testatoris voluntate constare oporteat, vt supra circa secundum testamenti requisitum dixi: At verba iactatoria aut adulatoria regulariter nihil disponũt. *Capoll. in l. sciendum. 19.* 1

num.

num.4. arg. illius textus. sup. adilit. edict. arg. gloss. in §. fin. verb. actis. ibi, nam alia verba g *fauore libertatis disponunt. Institut. adoption. Prataus reg. 416. Iactatoria verba.*

g Ergo ius commune est in contrarium.

Declara hanc sententiam I. per ea, quæ tradit *Bart. in l. tale pactum. §. fin. num. 3. sup. de pactis.*

Declara II. si iactatoria verba sunt captatoria, & faciunt, vt per ea quis incurrere possit damnum. *Prat. d. reg. fallen. 1. per l. fin. in fin. ibi gloss. fin. C. dot. promiss.*

Declara III. in casu *d. § fin. Instit. de adoption.*

2 Declara IV. Nam verbum VOLO iunctum cum infinitiuo, vt: *volo relinquere, volo* h *instituere*, dispositionem inducit, per textum insignem *in l. Pamphilo. 39. § propositum. inf. leg. 3. Ita Bart. l. gerit. n. 7. infr. acquir. hared. Idem in l. serui electione. num. 5. ibi Ias. num. 44. 45.* dicens, casu occurrente, se ita iudicaturum & consulturum. *infr. legat. 1.*

h Vide exemplum *l. hac. consultissima. §. ex imperfecto.* circa secundum requisitum testamenti paterni.

Verum communiter à DD. in reprehensionem Bart. vocatur, quod eius doctrina præcitato textu non probetur: quum plura ibi interuenerint: ex quibus de testatoris constante voluntate iudicium fieri potest. PRIMO enim testator non habebat neque agnatos, neque cognatos. SECVNDO accersiuerat amicos, id est, testes. *Bolog. l. 1. §. si quis ita. num. 66. infr. verb. oblig. Cuiac. lib. 9. obseruat. cap. 37.* TERTIO prædixerat, se velle illi relinquere certa prædia. *Thom. Gram. decis. 73. nu. 4. 5. 6.* QVARTO fuit testator in discrimine vitæ. QVINTO testatoris dicta in testationem redegit Gaius Seius, & testatorem interrogauit, an ea dixisset. SEXTO testator ad interrogationem respondit μάλιστα. *Alciat. lib. 3. παρέργ.* i *cap. 23.* Et de genuino huius textus sensu plura videantur apud *Ang. Paul. de Castro, Imol. & alios d. l. serui electione. in princ. eleganter Bolog. in d. l. 1. §. si quis ita. nu. 66. vsque 70. ibi Ripa num. 8. Carol. Ruin. cons. 9. num. 8. lib. 3. Cephal. cons. 437. num. 78. Menoch. de arbitr. iudic. lib. 2. cent. 5. casu 496. nu. 25. & 46. cum sequentib: Alphan. in report. num. 57. & Zunt. in responso pro vxore, numer. 356. adde quæ dixi supra num. 234.* Hæc de *ll. ff.*

i Hinc apparet, nõ fundari decisionẽ illius textus in eo solo, quod dixisset testator, se velle alicui relinquere, sed in plurib. aliis, & maxime in eo, quod ad interrogationẽ respõdisset per verbum firmatiuum.

LEGVM CODICIS EXpositio.

Accedo nunc, fauente CHRISTO, ad enarrationes tituli *C. de testam.*

Nam ll. omnes tituli præcedentis, *qui testam. fac. poss.* ad primum substantiale testamenti iam explicui.

De rubrica porro, vt aliquid dicam, opus non est: quum ad principium tractationis meæ de testamentis, & ad rubricam *in ff. eod. tit.* ea, quæ ad rem pertinent, fuerim exequutus.

Quasdam etiam ll. tituli nostri iam sum interpretatus, vt proinde eas denuo hic attingere nolim.

Puta *l. 1. hic.* cuius difficilem materiam tractaui *in l. ad testium. §. 1. qui incipit conditionem. ff. eod.*

Ita *leg. 4. 5. 7.* materia exposita est circa quartum substantiale institutionis hæredis. Vbi dixi necessarium esse ad institutionem, vt testator circa hæredis institutionem non errauerit: & hac occasione prædictas ll. & alias complures eodem pertinentes exposui.

Deinde ad *l. haredes palam. §. 1. ff. eod.* explicui etiam *l. si vnus. 12. in secundo responso.* & insignem textum *l. sancimus. 27. & l. nostram. 31.*

Vltimo, quia solennis textus *l. hac consult. in princ. & in § per nuncupationem.* de substantialibus testamenti clausi & nuncupatiui agit: Quæ materies amplissime à me iam pertractata est: Proinde hosce quoq; §§. duos porro declarare supersedebo.

De reliquis ergo textibus, Deo volente, dispiciemus, quorum insignem vtilitatem & amplitudinem vos re ipsa experiri, quam verbis prædicare malo.

L. 2. k C. testam. L. testamenta. 18. L. consulta Diualta. 23. C. h. tit.

k Casus talis est. Testamentum fuit solenniter publicatum. Qui succedere poterant ab intestato, volunt impugnare testamentum; & proponunt petitionem hæreditatis. Testamentum est amissum: ita vt ex eo suam intentionem docere nequeat hæres scriptus. Quæritur, quid iuris? Videtur dicendum, quod institutus obtinere nequeat. I. Quia non sufficit ab initio instrumenta producta, nisi post litis contestationem repetantur in vim probationis. *Mynsing. obseruat. 53. cent. 2.* II. Testamentum clausum probandum testibus, aut scriptura. *Mascard. de probat. libr. 3. conclus. 135.* Testes forte non supersunt. Testamentum autem amissum est. Ergo reo non ius, sed probatio deesse videtur. Contrarium deciditur: I. Quia hic effectus publicationis, vt semper fides testamenti duret, vt *h. l. fin. infr. re iud.* II. Casus non debet rescindere ea, quæ semel legitime facta fuere, postquam testamentum in iudicium productum est. *Domin. de Magd. in tract. de num. testium in testam. requis. part. 1. cap. 28. per tot. & num. 5.* Videnda quæ dixi *in l. hæredes palam. §. 1. vers. porro totum hoc membrum de concisione. ff. eod. VVesenb. in paratit. ad tit. ff. quemadm. testament. aper. in fine.*

1 *Figuratio casus.*
DD. materiam legis nostræ & iurium eo pertinentium duabus quæstionibus pertractant.
2 *Differt publicatio testamenti ab apertura.*
Vnus notarius alterius protocolla in formam redigere potest.
De controuersiis ex testamento proficiscentibus transigi non potest, nisi cognitis verbis testamenti.
Expositio l. de his. ff. transact. *remissiue.*
3 *Publicationis requisita.*
Publicatio apud competentem iudicem facienda.
4 *Citandi ad publicationem ii, quorum interest.*
Publicatio petenda, & quo remedio id fieri possit.
5 *Quod sit testium officium in publicatione.*
Testes examinantur & publicantur ante litem contestatam, quando publicatio est ordinaria alterius Processus.
6 *Ad publicationem necessaria iudicis interloquutio.*
7 *Fit insinuatio secundum consuetudinem loci, vbi petitur publicatio.*
8 *Etiam testamentum nuncupatiuum publicari potest.*
Publicationem petere potest possidens & non possidens.
Publicatio fieri potest, viuo testatore, si ille consentiat.
Publicationi semel factæ standum, neq; originale depromẽdum, quod declara. vt hic.
9 *In testamento apud principem, vel apud acta condito, aut si adhibitus sit notarius, non opus est publicatione.*
10 *Quod sit tempus publicationis faciendæ.*

De publicatione testamenti, & publicationis effectu hæc iura agunt. *Cyn. in l. 2. hic. num. 1. & ibi Alberic. num. 1.* 1

DD. hanc materiam in duo capita partiuntur.

1. Agunt de publicatione & eius substantialibus.

2. De publicationis effectu.

Textus *l. 2.* loquitur de effectu: alii duo textus de publicationis substantia. *Alber. in l. 2. hic, ad princ.* omnia præcipua loca refert DD. vbi illi de hac materia tractant.

Notandum autem testamentum clausum, scriptum manu priuata & sigillatum atque subscriptum secundum formam *l. hac consultissima. in prim. h. tit. n.* manere priuatam scripturam, nec fidem facere ante publicationem.

Ergo si vnus ex testibus ante publicationem moreretur, testamentum concideret, ex communi DD. sententia. quanquam Duaren. Viglius, Hotoman. dissentiant.

Hoc primum publicationis non factæ est incommodum.

Alterum hoc est, quod testamentum concidit, publicatione non legitime facta. nisi quod hæc sententia declaratur *in d. l. consulta Diualia.*

Quare ad euitandas omnes hasce difficultates DD. nostri consulunt, vt testamentum aut conficiatur 1. apud principem: 2. aut apud acta, quemadmodum in hoc Electoratu communiter fieri consueuit: 3. aut coram Notario, eo modo, vt supra dixi, ad regulam: Quod 7. testes in testamento requirantur: fall. 35.

Hisce enim casibus publicatione opus non est. *Bald. l. omnium. num. 5. ibi. Angel. num. 2. inf. eod.*

Sed quia non semper testamenta apud Principem, aut acta, aut apud Notarium fiunt, publicationis materia nobis discenda est.

Distin-

2 Distinguunt autem interpretes aperturam à publicatione testamenti, *l* quæ fit ad æternam rei memoriam. Nam apertura tabularum coram bonis & honestis viris, etiam testibus absentibus, fieri potest. *l.1. l sed si quis ex signatoribus.7.infr.quemadmod.testam.aper.l.2.* m *C.eod.tit.* ad certum effectum puta, vt cognitis testamenti verbis, transigi possit. *l.de his.* n *6.ff transact. VVesenb.in parat.ad tit. ff. quemadmod testam.aper. Nepos à Monte Alban.de except.cap.20.num.7.* De hac non agunt iura nostra hic. *Bart.h.ibi Ang.n.4. Salyc.num.1. Duaren.ad tit. infr. quemadm. testam.aper. rubr.de fine huius extraord. persequutionis.* sed de publicatione, vt post interpretes recte notat *Alex.in d.l.testamenta.num.2.* Vbi Castrensem refellit, quod textum *d.l.2.* à reliquis duobus textibus distraxerit.

l Publicatio habet sua peculiaria substantialia, de quib. in seqq. 1. fit apud magistrum census: 2. testibus præsentibus: 3. Ad finem, vt testamenti publica & rata constet fides. Quæ aperturæ non conueniunt.

m Ex hisce iuribus deducitur practica, q̃ notarius, possit alterius notarii defuncti protocolla redigere in formam. Quæ autem ad hoc necessaria sint, docet Paris de Put. *de reassumpt.instrum.rubr.*10.*num.*17.18. Guid.Pap *decis.*2. Et quo pacto talis notarius sese gerere debeat, pulchre declarat Alber.Ros.*num.*33. *de nouo C faciendo.* quem vide.

n In *l.de his.* Gaius dixit, de controuersiis ex testamento proficiscentibus, neque transigi, neque veritatem aliter exquiri posse, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. Pro cuius textus sententia quædam loca *Alphan.nu* 716. *& Delrio* congessere. Ego in meis regestis hos interpretes reperio: *Bologn.l si de certa.num.*15 *supr.transact. & in l qui Romæ. §.duo fratres.num.*130.146. *ff.verb.obligat. Cacherán.decis.*112.*num.*2. *Anchor.lun.qu* 44.*num.*2.13.14.*libr.*3. *Menoch.adipiscen possess.remed.*4 *num.*111. Ex consulentibus autem annotaui *Guid.Pap.cons.*53.*num* 3.4. *cons.*87.*num.*5. *&* 6. *Coru.cons.*135. *lib.*2. *cons.*240.*num.*6.*lib.*2. *Ruin.cons.*107.*num.*3.4.*libr.*1. *cons.*14. *num.*13. *cons* 140.*num.*18 *cons.*167.*num.*25.*lib.*2. *Paris.cons.*12. *num.*20. *&* 85. *& cons.*15.*num.*77 *libr.*2.*cons.*95. *num.*24. *libr.*3.*Marian.Socin.Iun. cons.*18. *num.*3. *libr.*4 *Roland.à Vall.consil.*13. *num.*2.*libr.*1. *cons.*17.*num.*11. *libr.*4. *Porc.cons.*19.*num.*58.*libr.*1. *Tiber.Decian.cons.*33.*num.*104.*libr.*1.*cons.*40.*num.*57.*libr.*2.

3 Ad publicationem ergo requiritur, I. vt fiat coram iudice competenti & ordinario. *DD. in l.2.hic.ibi Cyn.nu.1.Bald.num.2.Salycet.num.2.Mantica lib.1.tit.6.num.7.* Textus sunt expressi *in d. l.testamenta. & dict.l.consulta.* Quibus locis declaratur, competens iudex esse magister census & officium censuale. Lege namque Iulia, ad populum lata, cautum erat, vt quæ hæreditates legatave ad alios peruenirent, earum pars vicesima ad fiscum pertineret. Quare apud Magistrum census fiebant insinuationes, vt ei notæ essent facultates cuiusque. *Duaren. hic sub rubr. de effectu solennitatis seruatæ in testamento. versic. publicare testamentum. Idem sub tit. infr. quemadm. testament. aperian. rubr. de fine huius extraordinariæ prosecutionis. Cont. lib 2.lection.cap.16.Bodin.de republic.lib.6.cap.2.fol.656.Brisson.lib.7 formul.fol.659.versic. cæterum mortuo testatore.* Porro quum iampridem census agi, & magister census esse desierit. *Bodin. de republ. lib.6.cap.1.* insinuationem apud ordinarium iudicem fieri conuenit. *DD.in d.l.testamenta. & in d.l.consulta. Nepos à Mont.Alban.de except.cap.20. num.7.*

Amplia hoc requisitum, vt testator insinuationem remittere non possit, stante statuto, quod testamenta non insinuata, non valere debeant. *Bart.in regul.statut.sub rubr.statuta circa iudicia. & primo de insinuatione. versic. statutum, quod testamenta.*

Declara hoc requisitum. I. Nam licet in actibus voluntariæ iurisdictionis *o* locum non habeat prorogatio de vno iudice ad alium, quod probant *d.l.testamenta. & d.l.consulta.* Ex quibus iuribus hoc notant DD. vt testatus est *Castr.d.l. testamenta.num.4.* Tamen vbi competens iudex abest, coram incompetente insinuatio fieri potest. *Alex. d. l. testamenta. num.3. ibi Ias.num.1.Hieron. Prauidellus de peste.vers.idem ex prædictis.num.7.*

o Diserte traditur *in d.l.testamenta. & in d.l.consulta.* quod tantum apud censuale officium publicatio sit facienda, & interdicitur defensoribus Ecclesiarũ & aliis omnibus, ne ipsi huic rei sese immisceant. In eiusmodi enim insinuationibus & assignationibus, iudex secularis, est iudex competens. *Bald.in tr.de statut.verb.insinuatio.nu.*1. Iurisdictio in duas species diuiditur, in ordinariam & delegatam. Prorogata autem iurisdictio tantum qualitas est ordinariæ vel delegatæ. Quod n. non præexistit, id non prorogatur. De hac materia disputant *Cyn. Bald.in l.si qui ex consensu. C.episcop. audien.DD.in l.1.supr.iurisd.in l.est receptum. & in l.si conuenerit. & l.fin ff.eod.in l.1. & 2 ff.iudicio.Canonistæ in c. significasti, de foro competenti. in c.1.de iudiciis. Panormit.in c.P. & G. de offic. delegati. Specul. de compet.iud.adit.§.1.ibi Ioann. Andr.in addit. & Marantà de ordin.iud part.4. distinct.12.*

Declara

Declara II. Nam ex insinuatione, apud incompetentem iudicem facta, non vicientur testamenta. *d.l.consulta.ad fin. Cont. d.cap.16.*

II. Requiritur, vt citentur omnes testes, & illi, quorum interest, id est, qui essent successuri ab intestato, & si quidem certi sint, specialiter citandi sunt, alias generalis citatio sufficit. *leg. nam ita Diuus Marcus.39. supr.* p *adoption. DD. in d. l.2. hic, ibi Bart. num.1. Bald. num.2. & 5.* q *Angel. num.4.* & tutiorem dicit *Salyc. num.2. & 5. Castr. num.7. Ias. nu.5. Bald. in tract. statut. verb. insinuatio. num.1. & num.4.* 4

III. Etsi non detur libellus, sed publicatio officio iudicis fiat, petitio tamen partis in actis est consignanda, vt iudex sciat quid faciendum sit, & petitor postea variare nequeat. *Bald. d.l. testamenta. num.3.*

p [Citandi sunt, quorum interest, & citatio in quolibet actu necessaria. *Socin. regul. 74. citatio. Diaz. reg. 77. citari. Duen. regul. 92. citari. Vant. in tract. de nullitat. ex defect. citat. num.21.* vbi 115. fallentias proponit. Ampliationes 111. & limitationes 130. proponunt, *Gabr. Rom. recept. conclus. lib.2. tit. de citat. reg.1.* Porc. *reg.43. lib.1.* fallentias 145. habet. *Afin in sua praxi. §.7. c.5.*

q Bald. loco relato, & post eum Castrens. quærunt, Quid faciendum, si clericus sit de venientibus ab intestato. Videatur etiam *Ias. num.2.* qui hac occasione incidenter plures qq. mouet. Quid, inquit, si defuncto successerunt varii hæredes, quorum aliqui laici, aliqui clerici sunt, coram quo iudicium agitabitur? Et, quando simul pronunciatur contra laicum & clericum, ad quem, inquit, appellabitur? Vide eum *d.l. testamenta num.6.7.*

Testamentum manu priuata scriptum, subscriptum & subsignatum à testibus, manet scriptura priuata, nisi publicatione authenticum fiat.

Sed quæritur, qua via publicatio peti possit?

Videantur Dn. Cuiac. & VVesenbec. *in paratit. ad tit. quemadm. testam. aper. & ad tit. de tab. exhibendis.*

Ego sic distinguo.

Aut constat tabulas extare: aut constat, vel probatur de casu: aut res dubia est.

Si tabulæ exstant, tum is proculdubio, qui tabulas penes se habet, officio iudicis publicationem petere potest. Ita loquitur *Bald. h. relatus.*

Quod si ille, qui tabulas habet, eas edere nolit, extraordinario remedio ex edicto, Quemadmodum testamenta aperiantur, ad editionem compelli potest. *Cuiac. & VVesenb. in paratit. ad tit. ff. quemadm. testam. aperian.*

Hæres etiam alia remedia habet, de quibus agit *Dn. VVesenb. ibidem.*

Aut constat, quod casu testamentum interciderit.

Et si quidem casus euenerit post publicationem, testamenti fides manet, vt *h. in l.2.*

Aut casus euenit ante publicationem, & quid tunc faciendum, quo etiam pacto testamentum sit probandum, tradit post DD. nostros *Domin. de Magdal. in d. tract. part.1. c.28. per tot.* Videantur etiam ea, quæ dixi ad *l. heredes palam. §.1. ff. eod.*

Aut dubium est, puta, quia ille, apud quem tabulæ esse dicuntur, negat hoc: & agendum est interdicto, de tabulis exhibendis. *Cuiac. & VVesenbec. ad illum tit. in paratit.*

Sed quid, si Aduersarius dolo tabulas subtraxisse dicatur, quomodo procedendum, & quid probandum sit, docet *Bart. in l. si quis ex argentariis. § an vero heredi. ibi DD. ff. edendo. Felyn. in c. sicut. num.8. de re iud. Mascard. de probat. lib.1. conclus. 87.88. Domin. de Magdal. d. cap.28. num.10.11. vide l. non idcirco.11. infr. eod.*

IV. Necesse est, vt in testamento clauso testes iurato sua signa & subscriptiones recognoscant, r & deponant, quod illa vltima voluntas eis tradita fuerit subscribenda & sigillanda, & attestabuntur de se atque aliis. In testamento nuncupatiuo autem de toto testamento iurati deponunt. Ideoque tunc capitula dari & interrogatoria fieri possunt. *Cyn. d. l.2. Bald. num.4. Alberic. num.3. Salyc. num.1. & 3. Nepos de Mont. Alban. de except. cap.20. num.7.* Neque tamen aliqua litis contestatio requiritur. Imo aliquibus in locis, ne quidem aduersarius citatur. *Bald. in tract. statut. verb. insinuation. 5.* 5

r Ratio dubitandi: Videtur via ordinaria agendum. Nam ante litis contestationem regulariter testes nõ recipiuntur, & licet recipiãtur in certis casib. tamen non publicantur. *Ang. h. in l.2. num.4.*

Vbi petitur examen testium ante litem contestatam ex parte Actoris, eo quod timetur de absentia testium diuturna, vel de morte, non fit publicatio attestationum. Imo examinantur testes, & eorum dicta sigillantur, *tot. tit. vt lit. non contest. Anch. h. d. l.2.*

At in nostra materia, aut petitur Publicatio scripturæ testamenti, & sine omni distinctione peti potest, si est scriptura priuata, quę eget publicatione. Hoc enim fauore vlti-

vltimarum voluntatum introductum est, ne probatio pereat. *l.2.infr quemad.testam.aper.* In scriptura autem publica superuacue peteretur publicatio, nisi forte peteretur ad maiorem confirmationem. *Bald.d.l.2.num.7.* Si autem nulla est confecta scriptura, sed simpliciter testes petuntur recipi, tunc possessor, qui redigitur ad instar Rei, potest petere sine dubio publicationem. *c.significauit.41.c.Alber.43.de testib.* Aut non possidet, & hoc casu aliqui dubitant, sed frustra. Nam & hic publicationem recte petit.

Tum(1) quod dici nequeat, eum agere posse via ordinaria: Quia antequam testes sint recepti, probabiliter dubitatur de testamenti forma. Ergo non potest adire aut agere. Vnde via extraordinaria opus est. *Bald.d.l.2.num.7.*

Tum(2) quod hęc publicatio sit ordinatoria alterius Processus, puta, remedii *l.2.C. edict.D.Hadr.toll.* quo non gaudet, qui scripturam non habet. Et ita dicit *Angel.* limitanda DD. c c. duo hic citata, quod solum ex parte Rei obtineat publicatio. Nam hoc verum esse dicit, nisi publicatio sit ordinatiua alterius Processus. *Angel.hic. num.4.*

6 V. Iudex interloquendo dicta testium publicabit, & post aperturam mandabit, ipsas attestationes in publicam formam redigi ad perpetuam rei memoriam. Imo etsi hoc non dicat, tamen eo ipso, quod publicatæ sunt, perpetuo valent. *l. fin. infr. re iudic.* neque poterit hoc casu appellari. *l. fin. ff. appell. recipien. l. quisquis.6.infr. quor.appell.non recip. Cyn.d.l.2.num.1.ibi Bart.num.1. Bald.num.2. & 5. Angel.num.4. Salyc.num.4. Socin.reg.40.appellatio. fallen.5.* Sufficit enim producere testamentum animo insinuandi apud iudicem, licet ille nihil dicat. s *Bart.in l.omnium.num.5.per illum textum. Ang. num.3. Bald.num.8. Castr.num.5. Alex.num.2. Ias.num.2.4.*

Et licet hæc publicatio vel in eadem, vel in alia charta scribi possit, vt DD. hic visum est: Tamen sciendum veterem publicandi morem hunc fuisse, vt postquam apertum & publicatum testamentum esset, publico sigillo obsignatum in archiuo publico reponeretur, vt si aliquando exemplum periisset, ad archiuum recurreretur. Id ex t *Paulo lib.4.sent.tit.6. de vicesima.* docet *Duaren. h. loco pracitato. & d. tit. quemadm. testam. aper. rubr. de fine huius extraordinaria prosecutionis. Vigl. §. sed cum aliquis. num.7. Instit. cod. Brisson. loco relato.*

s Id est, licet nō interloquatur. Hæc ratio decidendi. Alia proponitur in *d. l. fin.* Quod res dilationē non recipiat. Vtrum autem hæc iudicis pronunciatio interlocutoria, an vero definitiua sit, quærit *Bald. in tractat. statutor. verb. insinuatio. num.3.*

t Pauli, *lib.4. senten. tit.6.* hæc verba sunt: Tabulæ testamenti aperiuntur hoc modo, vt testes, vel maxima pars eorum (id est, si aliqui absentes sint, aut plures quam septem testamento fuerint adhibiti) adhibeantur, qui signauerint testamentum, ita vt agnitis signis, rupto lino, aperiatur & recitetur, atque ita describendi exempli potestas fiat, ac deinde signo publico obsignatum, in archiuum publicum redigatur, vt si quando eius exemplum interciderit, sit vnde peti possit.

7 VI. Facienda est insinuatio secundum consuetudinem loci, u in quo petitur publicatio, non vbi testamentum factum est. *Duaren. ad d.tit. infr. quemadm. testam. aper. sub rubr. de officio pratoris in hoc iudicio. prop. fin.*

u Textus est in apertura loquens in *l. 2. C. quemadm. testam. aper.*

Hisce concurrentibus, publicatio legitime facta dicitur.

8 Amplia 1. Nam vtrumq; testamentum tam clausum quam nuncupatiuum x publicari, id est, in publicam scripturam redigi potest. *d.l.testamenta. Sal.d.l.2.hic, ante nu. Lud.Lana de form.test.nuncup. & clausi nu.13.*

x Quid seruandum in testamento nuncupatiuo, vide *sup. num. 451. vbi Angel. Aretin. & Simon. de Pratis allegaui, qui consulendi erunt.*

Amplia 2. Nam publicationem testamenti petere potest tam is, qui possidet, quam qui non possidet. *Bald.d.l.2.nu.7.ibi Ang.num.4.*

Amplia 3. Nam publicatio fieri potest etiam, viuo testatore, si ipse hoc velit. *Ludouic. Lana. de form. testam. nuncupat. & clausi. nu.12.* Cæterum ad instantiam hæredum id fieri nequit: quum de viuentis hæreditate tractandum non sit. *Cyn. d.l.2. num.1. Bald.nu.10. Alberic.nu.2. Ang.num.4. Sal.num.6.*

Amplia 4. Nam publicationi creditur, neque depromendum est originale, nisi quis editionem petat, & causa probabilis incidat, cur produci debeat, vt quia aduersarius illud redarguere velit de falso. Nam tunc edendum esset originale, nisi casus probaretur. Ita veterum sententias

inter

inter se componit *Bart.d.l.2.num.2.* & de casus probatione videndi *Bald.d.l.2.num.1. Ang.num.2. Salyc.num.2.& 4. Domin.de Magdal.in tract. de num. testium in testam.requis.part.1.cap.28.*

y Statuto dicente, quod contra testamentum insinuatum, nihil obiici possit: ne quidem de materia *l. hac edictali.C.secund.nup.* poterit opponi.*Baldus in tractat.statut. verb.insinuatio.n.3.*

Hic est effectus publicationis, vt illi stetur. *y* Sed vtrum illi indistincte stetur, vel non, DD.disputant.

Aliqui dicunt, semper originale ostendendum, aut probandum casum,& tum stari publicationi. Hanc probat Innocentius relatus ab Angel.*hic.in l.2.*qui hanc sequitur, dicens Cyni sententiam, qui contrarium teneat, falsam esse, per *l.2. hic.* vbi textus voluit, publicati testamenti fidem ita demum valere, si originale probetur casu intercidisse. Ergo nisi casus probetur, semper originale exhibendum parte petente, neque standum est publicationi. Huic sententiæ accedit *Alberic.de Rozat.* qui dicit, se vidisse ita in iudicio seruari, si originale exstet, quod parte petente debeat exhiberi: quum multa possint esse vitia visibilia & inuisibilia, quæ forte non fuerint deprehensa tempore publicationis. Sed si esset amissum originale, standum esset publicationi, probato casu.

Azo contra tenuit, quod publicationi stetur, & quod textus hic dicit (casu, qui probetur) id ille intelligit verum, vt procedat maxime, si casus probetur. Hanc probat Cyn. quod videlicet publicationi standum sit solenniter factæ, id est, ad quam omnes interessentes citati sunt. Idem tenet *Salyc.*

Has sententias pulchre inter se Bartolus componit, vt regulariter publicationi standum esse dicat. Cur enim illius fides non valeret, si solenniter omnibus iis, quorum interest, citatis & interuenientibus, publicatio facta esset? At edendum certe fuerit, vbi probabilis causa inciderit, cur produci debeat, puta, quia pars vrget editionem, & dicit, se illud de falso redarguere velle. hic ratio suadet editionem faciendam, nisi casus probetur.

Fac aliquem petere eiusmodi editionem, & velle testamentum de falso redarguere: Reum autem, qui in sua potestate originale habeat, illud edere nolle. Profecto compellendus erit ad editionem.

1. Quia maxima suspicione sese ipsum prægrauat, qui cum potestatis editionem habeat, eam tamen facere recuset.

2. Deinde recte dicit *Alberic.* fieri posse, vt omnia vitia testamenti in publicatione deprehensa non sint.

Econtra fac, testamenti originale vere esse amissum, aut forte procuratione & instigatione aduersarii à domesticis originale testamenti hæredi fuisse clam subtractum.

Ille, qui scit, hæredem testamentum amplius non habere, vrget editionem originalis, dicit, se illud redarguere posse de falso. Hic ratio dictat 1. Cum semel originale apertum & solenniter publicatum, 2. nihil autem vicii in eo deprehensum sit, 3. & hæres casum probare possit, quod originale neque habeat, neque dolo habere desierit, æquum esse, vt publicationi stetur.

Est ergo regula notanda: Quod publicationi standum sit, nisi caussa subsit edendi originale. Hæc enim perpetua in iure nostro traditio est: Quod nemo in iure nostro audiatur sine caussa: & quod nullus actus teneat sine caussa. Vidatur *Oldendorp. in suis classib. act.9. rubr. adfinia remedia. ad fin. ibi late.* Ita stipulatio non tenet sine caussa. *Molin. l.1.§.si quis ita.n.9.inf.verb.obligat.* Idem de pacto nudo, *Molin.ibi.n.10.* Idem de confessione. *Duen.reg.118.confessio facta sine caussa.* Ita nullum instrumentum debiti quantumuis solenne, sine causa valet, secundum communem, de qua per Ioann. *Plot.l.si quando.§.2.num.5. C.vnde vi.Nouel.regul.120.limitat.1.* Ita prouisio sine caussa non valet. *Turzan.opin.145.* Idem est de constituto. *Camil.Plau.ad rubr.lib.8.cap.1.infr. verb. obligat.*

Vt proinde & in nostra materia is, qui publicationi ex post facto stare recusat, & originalis petitionem vrget, audiendus nõ sit, nisi caussam probabilem adducat, quod videlicet testamentum de falso redarguere velit.

Declara hæc omnia. I. Nam in tribus casibus publicatio necessaria non est: 1. si testamentum fiat apud principem: 2. si fiat apud acta: 3. si adhibeatur Notarius, secundum ea, quæ supra in materia testium, fallentia 35. dicta sunt. *Bald.in l.omnium.num.5. ibi Angel. num.2. C. testam.* Hanc enim Notarii adhibendi rationem in testamento cæci à iure nostro 9

in l.

in l. hac consultissimâ. C. qui testamen. fac. poss. introductam, communiter DD. omnium testamentis accommodant, vt *Castr. ibi nu. 2.* recte annotauit. Vt proinde nec in hac posteriori etiam specie, publicatione opus sit, nisi quis eam maioris confirmationis causa ex superabundanti desideret. *Bald. d. l. 2. n. 7.* Hinc ergo fit, vt hodie publicatio nō sit magnopere necessaria. *Duar. d. tit. quemad. testam. aper. rubr. de fine huius extraordinariæ prosecutionis. in fin.*

Vigl. d. §. sed quum aliquis. num. 6. 7. hanc cautelam Notarii adhibendi reprehendit, dicens, per eam tolli veterem morem testamenta publicandi. Sed frustra ille ea, quæ vtilia & bona sunt, carpit. Ille non animaduertit, DD. nostros nobilem hanc practicam ex *d. l. hac consultissima.* deprompsisse.

Deinde ad hoc etiam non attendit, nullam rationem esse, cur de veteri more publicationis pugnandum sit. Nam illa fiebat 1. propter vectigal, & vt intelligeretur, quantum cuiusque patrimonium esset. 2. Vt semper haberetur testamentum, ne periret. At iampridem sublatum est illud vectigal testamentarium: pridem desiere censores, & testamentum non minus perire potest, vbi de eo rogatur Notarius, ac si in archiuo publico esset reconditum.

10 Limita 2. Nā licet iure ciuili statim, id est, à præsentibus intra triduum, vel quinque dies, ab absentibus quoq; intra eos dies postquam venissent, testamenta aperienda essent, quod ex *Paulo lib. 4. sentent. tit. 6.* liquet: *Brisson. loco relato: Valentin. Forster. in historia iuris sub septima mutatione reipub. & tit. ll. ab Octauio lata. vers. secunda lex, cum seqq.* Tamen iure Saxonico ante tricesimum diem nihil tale fieri potest, *art. 22. Landr. lib. 1. VVesenb. in paratit. ad tit. de iure deliber. n. 6. ad tit. de acquir. hær. n. 7. & ad tit. quemad. test. aper. n. 4.* z

z Nota statuto dicente, q insinuatio facienda sit intra certum tempus, illud tempus insinuandi non currere ignoranti. *Bald. in tract. status. verb. insinuatio. num. 2. vide eundem de tempore insinuationis. ibi n. 4.*

L. 3. § ex imperfecto.

1 *Casus figuratio ad textum nostrum.*
2 *Duplex in Cæsare potestas, absoluta & ordinaria.*
3 *Cæsar, quo ad actus directos in ipsum, legibus viuit.*
Quo ad actus procedētes ab Imperatore, ille ita demum priuilegio vtitur, si alias actus non esset valiturus.
4 *Iure naturali, gentium aut diuino princeps legibus solutus non est.*
5 *Princeps legibus Imperii solutus non est.*

1 Ex imperfecto testamento nec Imperatorem hæreditatem vindicare posse, sæpe constitutum est. Licet enim lex Imperii solennibus iuris Imperatorem soluerit: nihil tamen tam proprium Imperii est, quam legibus viuere.

CASVS.

Fecit aliquis testamentum coram quinque tantum aut sex testibus: in illo Imperatorem hæredem scripsit. Quæritur: An Imperator ex tali testamento hæreditatem vindicare possit.

Videtur quod sic: quia Princeps lege regia, quæ de Imperio lata fuit, legibus est solutus. *l. princeps. ff. legib. §. fin. Institut. quib. mod. testament. infir.* & est textus *hic.* Imperatori enim DEVS ll. subiecit, legem animatam eum mittens hominibus. *§. fin. in Auth. de consul.*

Contrarium decidit Alexander Imp. ea ratione, quod nihil tam proprium Imperii sit, quam legibus viuere. Concordat *dict. §. fin. & l. nolumus. 20. inf. eod.* secundum quosdam, de cuius legis sensu suo loco, DEO volente, videbitur, *leg. ex imperfecto. 24. ff. legat. 3.* Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa Imperatorem vendicare verecundum est. Decet etenim tantæ Maiestati, eas seruare leges, quibus ipse solutus esse videtur.

Idem optimi Impp. Theodosius & Valentinianus rescripserūt *in l. digna vox. C. legib.* Digna (inquiunt) vox est, Maiestate regnantis, legibus alligatum se principem profiteri. Et re vera maius imperio est, submittere legibus principatum, &c.

Hæc diuina iura nostri appellant, nec immerito, vtpote ab optimis profecta principibus.

Nam vt de aliis nihil referam, Alexander Seuerus, cuius nostra hæc lex est, vnicum

fuit virtutis exemplum: pecunias omnino contempsit: gemmas, vt res muliebres reiecit. Principi enim aurum contemnere, præstat fortunæ fastigium. §. *matres vero. in Auth. de consulib.*

Ergo etsi Romani multa regna, Asiam, Bithyniam, Libyam testamento sibi relicta acceperunt. *Brisson. lib. 7. formul. fol. 662. Bodin. de republ. lib. 1. cap. 8. lib. 3. cap. 1. lib. 6. cap. 2.* Dona tamen aurea amplissima Regis Ægyptiorum & confœderatorum accipere recusarunt; etiam cum tribus cladibus ab Hannibale pene oppressi essent, vt *Bodin. ex Liuio d. cap. 2. lib. 6.* refert.

Ita Augustus Cæsar testamento Herodis sibi relicta omnia repudiauit: & vt apud legitimos hæredes manerent, voluit.

Solennibus iuris Imperatorem soluerit.

Concordat *l.* a *princeps. ff. legib. §. fin. Instit. quib. mod. testam. infirm.* quod de legibus pœnariis *b* Græci, de quibuscunque Latini interpretantur. *Cuiac. lib. 15. obser. c. 30.* Quum ad Maiestatem tria requirantur, vt sit potestas summa, vt legibus soluta, vt perpetua. *Bodin. de republ. lib. 1. cap. 8. per tot.* Vnde duplicem Cæsaris potestatem nostri constituunt, ordinariam & anomalam, *c* absolutam vel priuilegiatam, quæ tamen ad iniuriosa, aut iniqua non extendatur. *Fort. Garzia in l. Gallus. §. & quid si tantum. num. 290. vers. ego vero. & num. 301. 311. infr. liber. & posthum. Alciat. in l. censere. nu. 3. infr. verb. signif. Restaur. de Imp. q. 110. vers. septimo. Petr. Ant. de Pet. de potest. prin. c. 1. nu. 8. cum mult. seqq. Couuar. in l. frater à fratre. nu. 71. sup. condict. indeb. Idem lib. 3. var. resol. c. 6. num. 8.* qui hanc distinctionem *d* plane conuellit. *Vasq. lib. 1. illustr. q. per tot. Ar. Pinell. ad rubr. 1. part. c. 2. num. 20. 24. 25. C. rescind. vendit. collegium Lipsense tom. 1. var. cons. Germ. cons. 37. nu. 25. 26. 27. Carol. Sigon. de repub. Hebr. lib. 7. cap. 3.*

a Hic textus ampliationem suppeditat ad regulā generalem in materia testamētaria vltimo loco constitutam: Quod ex testamento imperfecto, ne Imperator quidem hæreditatem capiat.

b Non loquor de ciuilibus, in quibus princeps iudicem habet Palatinum Rhenī.

At legibus solutus est, id est, pœnariis, quia delinquēs neque punitur, neque iudicem habet, id est, regulariter. Nam propter certos excessus deponitur, & iudicem habet. *Paris de Puteo in tract. Syndicatus. cap. de excessibus Imperatoris. Lupoldus Babenbergius de iure regni, cap. 17. Clar. in praxi crimin. §. fin. qu. 35. num. 6. Bodin. de republ. lib. 2. cap. 5.*

Exempla sunt. Nam quid Neroni, homini flagitiosissimo, qui magnam Senatus partem, præceptorem Senecam, matrem Agrippinam, & duas coniuges occidit, & primus Christianorum persecutor fuit, acciderit, notum est.

Ita Caroli IV. filius Wenceslaus ignauus, vino perpetuo madens, lucemque dormiendo nocti coniungens, ab Electoribus post multas admonitiones Imperio deiectus est, *Anno* 1400. 20. *Augusti.* Fuit quidem auri contemptor, sed non vini. Quum enim ciuitates Imperii, post illius deiectionem, nouo Imperatori Ruperto iuramenta more maiorum præstitissent: Norimbergenses protestati sunt, se, viuente rege suo, non iuraturos alteri, nisi ab ipso rege iuramento absoluti essent. Miserunt ergo oratores suos ad Wenceslaum, qui eius sententiam explorarent, oblatis 20. millibus aureorum, si eos absolueret. At ille, contempto auro, mox eos absoluit, iubens, vt Vini Rhenani optimi plaustra aliquot sibi mitterent. Bucholcerus in Chronologia.

Deposuere & Pontifices quosdam, quo iure, quave iniuria, ipsi viderint. *P. M. homil. Quasimod. fol. 615. Author libri de postremis motibus Galliæ. fol. 289. cum seqq. E. D. L. in apologia catholica contr. perturbatores regni Franc. part. 2. num. 21. fol 158. cum multis seqq. & num. 22. fol. 172. Franc. Varg. de authorit. pontif. axiom. 10. num. 7. 8.*

c Imperia omnia constituta propter vtilitatem publicam. Eodem tendit principis absoluta potestas, qua princeps vtitur, quoties Maiestatis, iustitiæ, aut vtilitatis publicæ ratio id exigit, & adstricta potestas aut minus reipublicæ & iustitiæ profutura, aut nocitura potius esset.

d Couarruuias contendit, nullam esse absolutam principis potestatem. Id probat I. Quicquid princeps facit, iure permittente, id ad ordinariam eius potestatem pertinet: Sed quod princeps etiam derogando legibus ciuilibus facit, id, iure permittente, facit. Ergo hæc non potest dici absoluta potestas. II. Absoluta potestas est de iis, quæ per libidinem, iniuriam, & violentiam princeps facere potest. At de talibus belli duces & milites, non iustitiæ sacerdotes, consulendi sunt. Ergo de scholis iuridicis explodenda est distinctio absolutæ & ordinariæ potestatis in principe. Apparet ergo, Couarruuiam appellatione absolutæ potestatis intelligere libidinem & tyrannidem in principe, iuxta versum: *Sic volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas.* At eiusmodi absolutam potestatem Doctores nostri non intelligunt, quæ ad facta iniuriosa pertineat. Ad peccandum nulla absoluta principis est potestas. Quare ordinariam & absolutam potestatem aliter accipere nos oportet. Ordinaria illa est, quæ iuris ciuilis regulis adstricta est. Absolutam dicemus eiusdem iuris ciuilis respectu. Neque enim princeps iuris diuini, naturalis, aut gentium regulis solutus vllo modo est. Puta, in aliquem sententia dicta est, quæ in rem iudicatam transiuit. Hic si ordinariam principis potestatem, id est, iuris ciuilis regulas spectes, nullum patebit victo remedium. At si principis maioritatem, quemadmodum legibus ciuilibus solutus est, intueare, supplicationem etiam illam, quæ extraordinarium remedium est, admittere poterit, quo iustitiæ laboranti succurrat. Ita sine solenni Processu iudicare potest. Hæc ergo distinctio dextre intellecta, optimo iure defendi potest.

Neque tamen hæc vsque adeo absoluta potestas est, vt non suos quo-

que

que limites habeat. Nam DD. nostri hæc restringunt. I. vt tantum procedant, quantum ad actus procedentes ab ipso, & directos in ipsum. Ita omnes hic, *ibi Alberic.* Cum quibus & illos actus coniungunt, qui in præsentia Principis fiunt. Quæ est materia *l. omnium. C. h. tit. n.* Aliud in actu promiscuo, qui celebratur per eum & cum eo, vt sunt contractus. Nam iure communi vtitur, præterquam in hypotheca, quam tacitam habet, vt fiscus. *Ang. h. DD. l. 1. sup. constit. princip. DD. in l. digna vox. C. de legib. Cagnol. in procemio ff. num. 44. cum seqq. Vasq. de success. progress. in præfat. nu. 87.* Principum enim promissa pro factis habenda sunt: & eorum verba nunquam irrita esse oportet. Hinc præclare scribit *Bald. cons. 327. num. 4. lib. 1.* Principibus maxime conuenire illud verbum: Semel locutus est dominus. Et, Quod scripsi, scripsi: illosque vnum calamum & vnam linguam habere, & vsq; adeo vt lapis angularis & polus in cœlo sit, immobiles esse debere, refert *Tiraq. de nobilit. cap. 20. num. 23. 24.* Ergo princeps reuocans, quod seruatum oportuit, deceptus præsumitur. *Mynsing. obser. 61. cent. 3.*

Quod dicitur: Principem legibus solutum esse, procedere dicit Vasq. de iis quæ sunt leuioris præiudicii, vt solennia iudiciorum, contractuum, testamentorum, aliud quo ad pactorum obseruantiam.

Hinc infertur, Cæsarem in ordinatione Cameræ Imperialis, nihil sine Ordinum consensu immutare posse: quum illa in contractum transiuerint, vt patet ex *part. 3. cap. 54* Non concurrit in iurisdictione cum inferioribus. Non potest dare priuilegia contra illam ordinationem.

3 Declara 2. Nam licet Cæsar, quo ad actus directos in ipsum, legibus solutus sit, legibus tamen viuit.

Tum (1) quod nobilitas instituti non faciat, vt ob eam rem à regulis iuris recedatur. *Ita est textus hic. ibi Bald. Alberic. Ang. & reliqui. d. §. fin. ibi DD. Tiraq. de nobilit. c. 20. num. 195.*

Tum (2) quod ratio naturalis dictet, principem legem illam seruare debere, quam ipse tulerit. *c. cum omnes. 6. de constitut.* erudite explicat *Couarru in c. alma mater. part. 1. §. 1. num. 3. & 4. de sentent. excommu. in 6.* ita est casus *hic.* Idem est de lege Falcidia, *l. 4. C. ad l. Falcid.* de lege Glicia, *l. Papinianus. 8. §. si Imperator. sup. inoffic. testam.* de lege Voconia, e *Cuiac. d. c. 30.* qui tamen hisce legibus Imperatorem non solutum fuisse contendit.

e Q. Voconius Tribunus plebis legẽ tulit, Cæpione & Philippo coss. ne quis census virginem, neve mulierem supra quadrãtem bonorum suorum hęredem institueret, plusq; cuiquam legaret, quã ad hæredem hæredesve perueniret: Cuius legis meminit *Dio libr. 56. Gell. lib. 17. Liuius libr. 41. Cicero sæpe. Sigon. de antiquo iure ciuium Romanorum. c. 12.*

Declara 3. Nam quo ad actus procedentes ab Imperatore in alios, ita demum priuilegio suo princeps vtitur, si alias de ordinaria potestate actus non valeret. *Castr. hic.* cuius doctrinam sequitur *Alex. in l. quanquam. nu. 5. supr. testam. milit.* Ita procedit *l. pen. supr. donat. int. vir. & vxor. § finimus. in Auth. de non alienan. vel permutan. reb. Eccles.*

Magna est differentia inter actus procedentes ab Imperatore in alios, & inter actus procedentes ab aliis in Imperatorem. Si actus procedit in Imperatorẽ, puta, si ego eum instituo, & testamentum minus solenne sit: hic Imperator, etsi regulis iuris ciuilis solutus sit, iure tamen suo non vtitur. Quia neque publica vtilitas hoc facere cogit, neque Imperii maiestas. Imo nihil magis Maiestati congruit, quam aurum contemnere. At si actus procedit à Cæsare in alium, puta, si Cæsar Augustæ donet, ibi princeps iure suo vtitur. Maiestati enim principis congruit, vt principis donatio viribus subsistat.

4 Declara 4. Nam iure naturali & gentium solutus non est. Potestas enim legibus soluta seu absoluta est, quæ iuri ordinario, id est patriis legibus derogare potest, non diuino, naturali, aut gentium iuri. *Panorm. in cap. 1. col. 2. de constitut. Bodin. de republ. lib. 1. cap. 8. pag. 86. 102.* Ergo nulli subditorum res auferre potest, nisi causa legitima publicæ vtilitatis vere sub-

sit, & subdito condigna satisfactio tribuatur. *DD. communiter in proœmio ff. & l. fin. supr. si cont. ius vel vtilit. publ. DD. in l. quoties. supr. precib. Imperat. offer.* Canonistæ *c. quæ in Ecclesiarum. de constit. Vasqu. lib. 1. illustr. quæst. per tot. maxime c. 5. 6. 26. 31. Ar. Pinell. ad rubr. 1. part. c. 2. num. 5. cum seqq. & nu. 14. & part. 2. Couarr. lib. 3. var. resolut. c. 6. num. 6. Gabr. Rom. lib. 3. recept. conclus. tit. de iure quæsito toll. reg. 1. & 2. Mynsing. obseru. 97. cent. 5.* Aliter principi subditorum bona attrectare non licet. Nulla enim absoluta ad peccandum principis potestas est. *3. Reg. 21.* f *Ezech. 45. 46. Molin. ad consuet. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 5. nu. 65. Couarr. d. c. 6. num. 8. Alciat. d. l. censere. num. 3. Ar. Pinell. d. c. 2. num. 25. Vasqu. libr. illustr. qq. c. 5. num. 15. c. 15. num. 1. c. 26. per tot. Gabr. Roman. d. conclus. 1. nu. 1. Kirchou. cent. 4. commun. opin. concl. 22. Bodin. d. c. 8. fol. 102.*

f Sibi tristis comminatio DEI contra Achabum & eius vxorem.
Ezechiel. 45. 46. Nec vero Princeps aliquid auferet ex hæreditate populi, nec eos ex facultatibus propriis excutiet, sed suam hæreditatem transfert ad filios, ne quis ex populo meo bonis euertatur.

5 Declara 5. quo ad leges Imperii, seu regni cum ipsa Maiestate coniunctas. Nam eas princeps nec abrogare, nec iis derogare potest. *Bodin. d. c. 8. fol. 88. prope fi. fol. 121. 123. 124.* Hinc author libelli *de iure magistratuum in subditos, An. 1580. apud Ioan. Mareschallũ Lugdun. excus. mihi fol. 94.* scribit, Quod traditur, principem esse legibus solutum, non nisi de legibus ciuilibus, deque particulari pariuatorum iure accipiendum.

Hæc quæstio: Quomodo Princeps legibus solutus sit: non vnam habet apud nostros determinationem.

Dominus Cuiacius *dict. cap. 30.* duo axiomata habet: Vnum, Principem esse τῶ νόμων ἐπάνω, principem esse supra legem. Id est, expositore Augustino, Imperatorem habere in potestate alias leges ferre, non temere quidem, sed ex iusta causa, &c. Alterum, quod Princeps sit legibus solutus. Id ille dicit ad paucas leges pertinere. Sed hæc illius doctrina nimium generalis & inexplicata est.

Alii dicunt, Principem esse solutum lege, id est, in iis, quæ sint leuioris præiudicii, vt sunt solennia iudiciorum, contractuum, testamentorum: aliud esse, quo ad pactorum obseruationem. In hanc sententiam DD. nostrorum disputationes refert *Vasq. de success. progress. in præfat. num. 87.* hoc est, quod aliqui vno verbo dicunt: principem esse solutum lege legis, non lege contractus.

Nos vt omnem discentibus scrupulum eximamus, clare dicimus: hoc axioma non pertinere ad ius diuinum, naturale aut gentium. Nam inferior non tollit ius superioris. Non potuit lex Imperii Imperatorem hisce iuribus soluere: Ergo regulam intelligimus de legibus patriis, id est, de iure ciuili, & vno verbo totum hoc interpretamur: Quod Imperator sit solutus legibus, & non sit. Solutus est, & priuilegio suo vtitur: vbi Maiestati, iustitiæ, aut publicæ necessitati, vel vtilitati id magis congruit: vtitur ordinaria potestate, regulariter.

Sed ne doctrinę generalitas nos perturbet, ex omnium interpretum distinctionib. quas DD. habent, eam maxime amplector, q̃ *Ang. hic. & post eum Ias.* tradidere, ita tamen, vt doctrina Castrensis, ab Alexandro commendata, & Bodini de legibus regni addatur.

Sic autem Angeli distinctio habet:

Aut actus geritur coram principe per alium: & hæc est materia *l. omnium. C. h. tit.* sequitur *Ias. h. num. 3. ad fin.*

Aut actus fit à principe erga alium: & hoc casu est legibus solutus. *d. l. pen. d. §. finimus. Idem Ias. num. 1.* Hic ego addo temperamentum ex Alberico, Castrense, & Alexandro: Est legibus solutus, sed legibus vtitur, modo actus iure ordinario consistere possit. At si ita consistere nequeat, priuilegio suo vtitur. Ita loquũtur iura præcitata. Ratio decidendi: Quia ad Maiest. Cæsaris spectat, vt hic priuilegio vtatur ne ipsius cõtractus pereant.

Aut actus confertur ab alio in principem, & hoc casu vtitur iure communi, vt est textus hic, & plures textus adduxi supra declaratione secunda.

Aut quæstio est de actu promiscuo: ita enim loquitur *Angelus.* Id est, qui dirigitur à principe in alium, & ab alio in principem, vt sunt Contractus, & iure communi vtitur. Ratio. Quia est solutus lege legis, non lege contractus, non iure gentium. Hæc sunt apud DD.

Iam si addamus ex doctrina Bodini, Principem non esse solutum lege regni, doctrinam hanc pleniorem habebimus, quam apud alios exstet. g

g Similis ratio est ordinationis Cameræ Imperialis: Cõstitutionis, de pace publ. Constitutionis de pace religionis, & similium: cũ in vim contractus transiuerint. *vt dixi in doctrina de testamentis. num. 36.*

L. 4. 5. 7.

1 Declaratio horum iurium remissiue.

Ad hos textus videantur, quæ ad materiam institutionis hæredis, requisito IV. & maxime ampliatione 23. & limit. 7. proposita sunt.

L. verba testamenti. 6.

1 *Casus figuratio.*
2 *Qui debitum legis (vt est quarta arrogati, legitima liberorum, gerada iure Saxonico) accipit, onerari non potest.*
3 *Quæ sint necessaria ad hoc, vt textus nostri decisio obtineat.*
Enunciatiua verba quando disponant.

1 In l. nostra disputant DD. de facti specie constituenda. Eam de sententia Cyni constitui in donat. propria & simplici, eiusmodi personæ facta, quam testatrix onerare non potest.

Ratio dubitandi. Etsi veritas euerti non possit: testator tamen animum mutare, & illis præiudicare potest, quos & honorare potest. 1. vt si dicat, se aut nil donasse: aut 2. sibi satisfactum.

Ratio decidendi. Donatio simplex certis modis tollitur. Quum ergo extra hos casus simus, testatrix donatario præiudicare non potest. Non obstat ratio dubitandi. Nam testator animum mutare potest, quo ad eos, quos onerare potest.

Quum verba in dubio proprie, *l. non aliter. 88. in princip. ff. legat. 3. l. 1. §. si is qui nauem. ibi, in re igitur dubia. ff. exercit. act.* & in specie, non generaliter accipienda sint. *l. hoc legatum. 44. ibi Bart. ff. legat. 3. Bart. l. 1. in fin. princip. supr. edendo. Crauet. rubr. nu. 143. 144. ff. legat. 1.* Donatio autem causa mortis improprie donatio sit. *l. 1. ff. donat. l. senatus 35. §. sed mortis. ff. donat. caus. mort.* Hinc ergo recte *Cyn.* monet, casum textus nostri constituendum esse sine scrupulo, in donatione facta inter viuos, *h* hoc pacto: Mater testatrix donauit Titio domum, deinde in testamento talia verba emisit: nouerint vniuersi, me nihil cuiquam donasse: quærunt filii testatricis ab Impp. quid iuris? Respondent illi, vt hic. *i*

h Nã glossa & DD. legũt textum duobus modis: 1. in donatione inter viuos. 2. in donatione caussa mortis.

i Non fuit quæstio, si vere donatio facta sit, & testatrix hoc neget, an per hoc fides veri infringatur, vt verba secundum corticem habent. Quod enim verba veritatis negatiua, veritati non derogent, de indubitabili est: sed an hoc pacto infringi & tolli donatio possit. Adde interdum testatores in testamentis fateri, aut sibi alios debere certam summam: cum plus debeant: aut se aliis debere, quibus nihil debent. Et quid vtroque casu iuris sit, tradit Ioan. Guterius *de vlt. volunt. part. 2. cap. 6. per tot. Vide etiam not. supr. ad l. hæredes palam. §. si quid post. num. 25. & §. fin. prope fin. ff. eodem.*

Estque dubitandi ratio:

Tum (1) quod testatore dicente, se donasse, licet reuera non donauerit, inducatur fideicommissum. *l. ex scriptura. 16. ff. donat. omnes DD. hic, ibi Castrens. nu. 1.* quemadmodum testatore dicente, sibi solutum à Titio, etsi solutum non sit, ex causa fideicommissi, vt debitor liberetur, agi potest: nisi liquido probetur, eum non liberari debitorem voluisse: sed errore lapsum solutam sibi pecuniam existimasse. *l. 1. infr. fals. caus. adiect. legat.*

Tum (2) quod facta donatione causa mortis, & testatore dicente in testamento, se nihil cuiquam donasse, non quidem præiudicetur veritati hactenus, vt donatio facta non dicatur: tollatur tamen in effectu donatio, ac proinde exceptio obstet: quum se hæredem liberare voluisse testator ostendat. Reuocabilis enim huiusmodi donatio est, & donatarium talem grauari posse constat. *l. ab eo.* k *9. infr. fideicom.* Ita *gl. Bart. & DD. hic.*

k Ab eo, qui neque legatum, neque fideicommissum, neq; hæreditatem, vel mortis causa donationes accepit, nihil per fideicommissa relinqui potest. Qui non honoratur, non potest onerari: Et econtra, qui honoratur, potest onerari.

Quæro: vtrum ille, qui debitum legis accipit, (de quo dixi supra in materia institutionis, sub rubrica, effectus institutionis, § *limita secundo. &c. num. 399 fol. 428.*) dicatur honoratus & onerari possit? Respondeo, quod non. *Bart. & DD. in l. ex tribus. ibi Ias. num. 2. dicens communem. supr. inoffic. testam. Graff. libr. recept. sent. § fideicommissum. qu. 6. num. 3.*

Infer 1. quod arrogatus in quarta, quam ex constitutione D. Pii in bonis arrogatoris habet, non possit fideicommisso grauari, *Chifflet. de substitut. cap. 6. ad fin.* dixi circa diuisiones substitutionum, *vers. tertio iterum differt.*

Infer 2. quod filius in legitima tantum institutus, fideicommisso grauari non possit. *Bart. & DD. d.l. ex tribus. Gl. f. d. qu.6. num.3.*

Infer 3. ad casum, quem habui, quod in gerada mulier onerari non possit a marito: quum ea mulieri debeatur beneficio statuti, & sit debitum legis *Hartman Pistor. qu.32. num.29.* Et ne occasione quidem tertiæ vel quartæ partis, quam mulier ex beneficio statuti accipit ex bonis mariti, in gerada onerari potest: quum illa quarta vel tertia sit debitum legis, vt dixi supra *d.§. limita secundo.* vbi vide. At qui tantum debitum legis accipit, honorari non dicitur, eoq; grauari fideicommisso nequit.

Contrarium deciditur, non quod verba enunciatiua hic disponant: vt *gloss. hic.* sensit, quæ ab omnibus interpretibus damnatur: sed quod in donatione simplici, quæ re vera facta fuerat, testatrix donatarium, *l* qui hæres ipsius non esset, grauare non potuerit. Quod præ cæteris breuiter & perspicue explanat *Castr. hic. num.2.* 2

l Duo hic sunt necessaria: 1. Donatio propria. Nam aliud foret in donatione causa mortis. 2. Vt donatarius talis sit, quem testatrix grauare non potuerit.

Nihil autem præcitatæ rationes obstant, quum ad casum nostrum non spectent, in quo duo peculiariter requiruntur, vt 1. videlicet donatarius grauari nequeat, & 2. donatio simplex atque propria sit, quæ, vbi donatarius hæres *m* non est, irreuocabiliter tenet, & non nisi propter ingratitudinem, *n l. fin. infr. reuocan. donat.* aut superuenientiam liberorum, *l. si vnquam. 8. infr. reuocand. donat.* aut quod inofficiosa sit, reuocari potest. *tot. tit. supr. inoffic. donat.* 3

m Si hæres est, sic grauari potest. Et hic est singularis casus reuocandi donationem simplicem. Vide *Castr. hic.*

n Hæc vera de donatione propria & simplici: illa ex hisce causis retractatur. Donatio ob causam reuocatur, etiam ob causam non secutam. Vide de hisce *Clar. §. donatio. qu.25. cum aliquot qq. præcedentibus.*

Porro de enunciatiuis verbis, an & quando disponant, explicant *Bart. & DD. in d.l. ex hac scriptura. Ang. in l. quanquam. supr. milit. testam. Cyn. Bald. Alber. de Rosat. & Salyc. hic.* Et recitat prolixam distinctionem *Iacob. de Aren. Cyn. & Alber.* de qua *Alex.* scribit: glossam finalem non recte esse loquutam. Sic ergo hunc punctum excutiendum, quemadmodum fecerunt *Cyn.* cum quo alii transeunt. *Menoch. de arbitr. iud. lib.2. cent.5. casu 401. num.15. cum seqq. Iacob. Nouell. reg.233. incip. verb. enunciatiua.*

L. casus. o *8. L. cum antiquitas. 28. in princip.*

1 *Casus figuratio.*

Textus nostri limitationem proponunt ad l. hæredes palam. §. fin.

2 *Sententia* L. Cum antiquitas

3 *Testes omnes vno contextu subscribere testamento oportet.*

Ad regulam *l. hæredes palam. § fin. ff. eod.* Quod testamentum vno contextu faciendum sit: hi duo textus vnam limitationem proponunt. *DD. in d.l. cum antiquitas. ibi Cyn. in princ. & Castr. num.1.* vt proinde coniungendi sint. *Castr. in d.l. casus.* Ad quem textum vltra *DD. hic.* videatur *Domin. de Magdal. in tract. de num. testium in testament. requisit. part.1. c.10. num.30. cap.11. num.15. & 43.* 1

o Casus ita figurari potest: Quidam testamentum condere cœpit, inter testandum vnus ex testibus peste corripitur: testator alium loco illius surrogauit: & sic ad reliqua progressus est, atq; testamentum compleuit. Quæritur, num testamentum valeat? Videtur, quod non. Quia testamentum vno contextu actionis faciendum. Contrarium deciditur. Nam propter eiusmodi casum aliquid de iure laxatum est: non tamen prorsus reliqua testamentorum solennitas perempta. Testes ergo tali tempore sociari remissum, non tamen proinde testium numerus sublatus est. Ergo alius testis alius loco surrogandus fuerit Textus ergo in *l. casus.* valde illorum sententiam impugnat, qui pestis tempore testium numerum relaxatum esse tradunt. Quæ tamen sententia hodie in Camera & Electoratu nostro probata est. Videantur quæ dixi supra in materia testium, *ampliat.8. & fallent.16.*

Hanc materiam semel & iterum attigi, & nihil causæ est, cur in re aperta prolixior sim. Sunt enim hæc iura aperta, nisi quod vnam & alteram difficultatem *DD.* excitant, de quibus postea vno & altero verbo, DEO volente, agemus.

Textus *l. casus.* est Diocletiani & Max. *l. cum antiquitas.* vbi plenior prouisio exstat, est Iustiniani.

Regula est: quod testamentum vno contextu faciendum.

Fallit hæc regula in casu necessitatis, quæ (vt dicere solemus) legem nullam habet.

Ergo aut incidit interuallum voluntarium, vt: quia testator testes compellat: omittemus nunc testamenti factionem, ludemus, &c. & procul dubio vitiatur testamentum, nisi omnia ex integro repetantur. Aut incidit impedimentum necessarium in persona testatoris, vel testis. Quod si impedimentum eiusmodi in persona testis, non

sit

sit facile aut breui cessaturum, tum alius testis surrogandus, & procedendum erit. vt *in d. l. cum antiquitas.* Cæteroquin ille testis, in cuius persona impedimentum accidit, expectandus est.

Hinc interpretes communiter *in d. l. cum antiquitas.* duo notabilia colligunt, quæ commendat *Cyn. num. 1. & 2.* PRIMVM, Quod illud fieri in continenti dicatur, quod factum est, nullo actu extrinseco & voluntario interueniente. SECVNDVM, Quod vbi speratur de breui absentia, debeat aliquis expectari, alias non. Hanc theoricam practicare solemus, quando dilationes petuntur, propter Aduocatorum impedimenta.

Disputant etiam *DD.* hic de quæstione: Vtrum Contractus in testamento fieri possit? Quam supra explicui.

Glossa d. l. cum antiquitas. verb. sciscitari.

2 Glossa hic duobus modis textum exponit. PRIMO, quod repetitione eorum facta, quæ coram aliis testibus gesta fuerunt, surrogati testes à testatore & contestibus suis sciscitari debeant, vtrum omnia, ante eorum præsentiam gesta, repetita, & nihil eorum omissum sit. Quam expositionem *Castrens. hic, in d. l. cum antiquitas. nu. 6. ibi Ias. nu. 8.* sequuntur, & Baldo, cuius mentem non perceperunt, tribuunt: probat & *Molin. l. 1. §. qui præsens. n. 11. ff. verb. oblig.* Vbi ait: interiecto huiusmodi interruptorio interuallo, reptendum esse testamētum breui manu tanquam noua actione, quasi ex nunc, non ex tunc factum. Et multo fortius idem esse ait, si longius interuallum interruptorium actionis ex parte testatoris contingat. Tunc enim omnia breuiter esse repetenda quasi ex noua actione, seu nouo integro testamento. Et hanc sententiam illa theorica iuuat: quod testes toti testamento interesse oporteat. SECVNDO ita, quod non sit opus recitatione eorum, quæ ante aduentum surrogatorum testium coram aliis testibus gesta sunt: sed sufficiat surrogatos testes à testatore & suis contestibus sciscitari, Vtrum omnia illa, quæ ante eorum aduentum testator disposuit, in præsentia omnium septem testium, tam eorum scilicet, qui adhuc præsentes sunt, quam eorum, qui recesserunt, gesta sint.

Et hæc posterior expositio melior est.

Tum (1) quod textui conueniat, ibi (coram his processissent.) Quæ verba, salua recti sermonis ratione, testibus surrogatis non congruunt.

Tum (2) quod repetitione omnium ante gestorum facta, testamentum valeat, vt ex nunc, non vt ex tunc, vt plane noua dispositio, quod recte *Molin.* docet. vt proinde illa percontatione testium surrogatorum nihil opus tunc foret.

Atq; ex hac secunda glossæ expositione firme concluditur: si de necessaria surrogatione constet: testamentum per testes, qui toti testamento interfuerunt, & per vnum pluresve surrogatos valide probari: & si surrogati de iis, quæ coram aliis gesta sunt, non deponant: dummodo de necessaria surrogatione constet: & hoc testificentur, se testatorem, & alios suos contestes sciscitatos, cognouisse, omnia, quæ ante suum aduentum, testator disposuisset, coram suis contestibus, & iis, qui recessissent, & sic coram septem testibus gesta esse. At si surrogatio non probetur, procedit doctrina Baldi *in d. l. cum antiquitas. num. 5.* quam ibi explicat *Alexan. nu. 10.* vbi ille recte notat *Castrensem* p non bene Baldi verba referre. Consul-

p Castrensis ita refert Baldum, quasi dixerit, coram surrogatis testibus omnia repetenda: quum vna pars testamenti non possit probari à septē testibus, & alia ab aliis septem. Non autem dixit Baldus testamentum esse repetendū: sed circa secūdam glossæ expositionē, (quod repetitio necessaria non sit, coram surrogatis testibus) concludit, nisi testis de toto testamento deponere possit, quod non probet: cum toti testamento interfuisse non intelligatur. Et ab hac sententia clare Baldus casum nostrum excipit, quando de surrogatione constat. Nam in hoc excepto casu, quando scilicet allegatur necessaria surrogatio, vult testamentum probari per surrogatum quoq; testem, etsi de toto testamenti tenore non deponat: dummodo iuxta dispositionem *d. l. cum antiquitas.* testificetur. Habet ergo Baldus regulam & exceptionem.

tiſſimum tamen fuerit, propter interpretum diſputationes, vt ſi eiuſmodi caſus accidat, coram omnibus teſtibus repetitio prius actorum fiat.

Gloſſa verb. in medio.

q In textu regula traditur: quod teſti qui receſſit, ſi impedimentum diu duraturum ſit, alius ſit ſurrogandus.

Gloſſa *q* hic voluit, quod ſubſcriptiones teſtium, qui remanſerunt, 5
fieri poſſint, poſtquam aliqui de numero ſeptem teſtium receſſerunt, eamque probat *Salyc. hic. num 1.*

At in hoc verſ. eſt ampliatio ad illud dictum, quod videlicet ſurrogatio facienda ſit, etiamſi in præſentia priorum 7. teſtium iam ad ſubſcriptiones vſque fuerit proceſſum, & inter ſubſcribendum, caſus in perſona teſtis accidat. Nam illi alius eſt ſurrogandus, qui percontari debet, vtrum omnia, quæ præceſſerunt coram ſeptem teſtibus, geſta ſint. Et poſtea reliquæ ſubſcriptiones fieri poſſunt: & ſurrogatus teſtis cum aliis ſubſcribet.

Atqui hæc ſententia defendi iure non poteſt.

Tum (1) quod iura requirant, vt teſtes ſimul & vna collecti ſint, dum ſubſcribunt, & vno atque eodem tempore ſubſcribant. *dict. leg. hac conſultiſſima. verſ. ſed licet alio tempore. l. ſi vnus. inf. eod. tit.* In textu autem noſtro hoc tantum dubitatum fuit, vtrum propter temporis interuallum ſubſignationes fieri poſſent: & hunc tantum ſcrupulum hic textus remouit: alterum minime ſuſtulit: Vt proinde dum ſubſcriptiones fiunt, teſtes vna eſſe oporteat. *Ang. d. l. cum antiquitas. in fin.*

Tum (2) quod clare textus voluerit, teſtes ſurrogatos ante omnia à teſtatore & conteſtibus ſciſcitari debere, vtrum omnia ante geſta, & proinde etiam ſubſcriptiones (ſi ab aliquibus factę fuiſſent) coram eis, id eſt, coram omnibus ſeptem teſtibus proceſſiſſent. Quo fit, vt plerique verba illa textus, ibi, (in medio tempore) ita exponāt: in medio, id eſt, poſt inchoatum teſtamentum, antequam vnus, vel aliqui teſtium recederent: Ita *Richard. de Malumbra*, cuius ſententiam probat *Cyn. hic. num. 2. Ang. nu. 2. Alex. num. 9.* dicens, gl. hic, quæ aliter textum exponat, à DD. damnari.

Ad *l. caſus.* mouetur quæſtio: an teſtator morbo comitiali correptus inter teſtandum, poſtea teſtamentum complere poſſit? *Raph. Fulgoſ.* decidit quod non, per *l. furioſum. C. qui teſtamen. fac. poſſ.* & textum *d. l. caſus.* accipit de teſtibus. Sed hæc Fulgoſii ſententia indiſtincte accepta, falſa eſt. Ideoque *DD. in d. l. caſus.* contra eum tenent. Videatur *ibi Alex. num. 2.* qui diſtinguit, & *Iaſ.* qui Fulgoſio reſpondet.

L. ſi non ſpeciali. r 9.

r Caſus duobus modis ponitur:

1. Vbi teſtes teſtatorem omnino non viderunt, puta, aliquis peſte correptus, ita vt teſtes ad illius conclaue accedere nolint, ſed forte conſiſtunt in vicino aliquo loco, vt teſtatorem quidem exaudiant, non autem videant.

Ratio dubitandi, quod in teſtamentis omnia ſynceriter procedere debeant. At impoſſibile pene eſt, vt non erretur, ſi teſtes teſtatorem non videant.

Ratio decidendi, Priuilegium ſpeciale, modo teſtes teſtatoris vocem notam habuerint.

2. Caſus poni poteſt in teſtibus, qui non vna collecti, ſed ſeparatim & domi ſuæ ſubſcribunt & ſubſignant.

Ratio dubitandi, quod vna collecti ſubſcribere debeant.

Ratio decidendi, Priuilegium.

1 *Caſus figuratio ad legem noſtram.*
Priuilegio fieri poteſt, vt teſtamentum valeat, etſi teſtes teſtatorem non viderint, ſecundum communem DD. ſententiam.
Priuilegio fieri poteſt, vt teſtamentum valeat, etſi omnes teſtes vno contextu non ſubſcribant.

3 *Si cortina inter teſtatorem & teſtes ſit, teſtamentum iure communi non valet.*
Fallit hæc ſententia in multis caſibus, de quibus remiſſiue hic.

4 *Teſtamentum factum in ciuitate ſecundum formam ſtatuti, vbiq; valet.*

DD. duobus modis textum legunt: Quod videlicet priuilegio ſpecia- 1
li fieri poſſit, vt teſtamentum valeat, etſi teſtes teſtatorem non viderint. Quam ſequuntur *Cyn. Bart. Caſtrenſ. Alex. & reliqui communiter h. ibidem in collectan. poſt alios Alphan. n. 425. Pariſ. conſ. 33. lib. 2. per tot.* & illi, quos ſupra in materia teſtium, *requiſito 2. verſ. quinto, vt teſtatorem videant, &c.* retuli.

Sed

Sed hanc sententiam reprehendit *Bald. h. num. 8.* quod impossibile pene sit, testimonium veritati certo eum perhibere, qui non viderit testatorem: quum in solo auditu vocis, sine aspectu personæ, facilime fraus admitti queat, quemadmodum refert *Cyn. hic.* Vt proinde ad vitandas captiones iure statutum sit in testamento ipsum testatorem à testibus au-
2 diri & videri debere. Secundo ergo ita legunt hunc textum, quod priuilegio speciali fieri possit, vt testamentum valeat, etsi testes, qui testamento interfuerunt, non vno & eodem contextu in conspectu testatoris, sed seorsim testimoniorum officio functi sint, id est, subscripserint & subsignauerint: puta, testari volens in scriptis, vocauit testes, & protestatus in charta, quam testibus exhibet, suum comprehendi testamentum, rogat illos, vt subscribant & subsignent. Sed quia in illo suo testamento quædam denuo inspicere cupiat, ita quidem vt subscriptio & subsignatio continuo fieri nequeat, promittit, se illam chartam testibus esse missurum, vt singuli domi suæ subscribant. Ita casum figurat *Cast. h. num. 1 ibi Ias.* Hanc lecturam post *Bald.* sequitur *Salyc.* & eam meliorem esse *Ias. h. ante num.* pronunciat. Quorum sententia huc tendit, quod nullo priuilegio fieri possit, vt testis testamentarius, qui non simul vidit & audiuit testatorem, probet: etsi prior lectura receptior sit.

3 Ex priore autem lectura DD. contendunt, si cortina, paries, vel murus inter testatorem & testes sit: quod testamentum non valeat absque speciali priuilegio. Quam sententiam post DD. hic ii, quos supra retuli, multis modis declarant.

Cyn. Bart. Bald. Alberic. Castrens. Angel. Salyc. Alex. Ias. hanc sententiam habent. supra etiam allegaui *Duaren. Vasqu.* qui 20. limitationes tradit, *Crotum, Sim. de Prat. Mascard. Clar. Graff.*

In testamentis requiritur, vt testes testatorem videant: non sufficit, quod eius vocem notam habeant. Quid ita? Quia iura volunt, vt in testamentis omnis fraus absit, vt summa sinceritate omnia procedant. Facilime autem fraus admitteretur, si à iuris regula discederemus. Refert enim *Cyn.* se vidisse hominem, qui adeo dextre vocem alterius simularet, vt in occulto loquens, vxorem illius, cuius personam simularet, fallere posset, vsque adeo, quod illa certo crederet maritum secum loqui. Et proponit aliud exemplum *Iul. Clar. in loco supra relato.*

Habet tamen hæc sententia vltra textum hic suas limitationes, vt dixi, quæ videndæ erunt apud Vasq. tres etiam proponit *Ias. h.*

Primam habet *num. 7.* eam adfert ex Baldo *num. 1. hic.* Quod videlicet sententia præcitata vera sit, si vsque adeo cortina sit conclusa, vt testes nullo modo testatorem videre possint, aliud si per rimam pateat ita aspectus, vt eum agnoscere possint.

Secunda fallentia est de codicillis, quæ notanda est pro testamentis, in quibus est clausula codicillaris. *Ias. h. num. 8.*

Tertia est de actibus inter viuos. Nam in illis modo testes notas habeant voces contrahentium, opus non est, vt contrahentes videantur à testibus. *gloss. in l. 2. §. idem Labeo. el 2. verb. audierint. ff. aqua plu. arcen.* Ita enim hanc glossam intelligunt *DD. h. ibi Alex. num. 6.*

Atque hinc concludit cautelam *Castr. num. 6.* vt, si creditor probationes non habet, vt testes abscondat in vicino aliquo loco. Deinde operam det, vt interrogationibus à debitore confessionem eliciat. refert hæc *Ias. num. 9. & Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 14. nu. 4.* Et ego recordor, bis hæc fuisse practicata. Castrensis autem omnino videndus, qui melius hæc proponit, quam ab aliis referatur. In facto, de quo agit, testes viderant debitorem ingredi, sed in actu confessionis illum non viderant, vtpote in loco vicino conclusi. Et hoc bonum est, vt opera detur, quo testes aduenientem & recedentem debitorem videant, vt tanto magis de eo certi sint: etsi in ipso confessionis actu eum videre non possint.

Porro *Salycet.* negat, glossam præcitatam hoc dicere, ad quod allegatur: dicit eam idem velle, quod hic traditur, quod & verum est.

Quinimo *Bald. h. num. 1. post Accursium* contendit, nullam differentiam esse inter contractus & vltimas voluntates. Idemq; sequitur *Salycet.* quod videlicet tam in contractibus, quam in testamentis necessaria sit testium præsentia, per *l. testium. 14. ibi. præsto fuerint. sup. testib.* Præsentia autem includit visum, vt per *Bald. hic.*

Pro contraria tamen sententia, quæ receptior est, pugnat *Alex. h. num. 6. 7. 8.* vbi dicit, satis præsentem eum dici, qui audit, & intelligit, licet non videat. *l. 1. in princ. ff. verb. oblig. l. diem. §. coram. ff. arbit.* Et nisi hoc recipiatur, ait, sequuturum, quod cœcus testis esse nequeat de iis, quæ auditu percipiuntur.

Fatendum autem, hanc, quam Alex. tuetur, esse receptiorem.

Sententiam autem illam: an cœcus testis esse possit: perspicue explicat *Angel. hic. num. 4.*

Deniq; illa verba textus: si non speciali priuilegio &c. vrgent *Iacob. de Aren. & Oldrad.* Speciale, inquiunt, priuilegium requiritur, vt derogetur formæ testamentorum: Ergo consuetudines aut statuta, quibus solennitas testamentorum relaxatur, nihil valent. Inde inferunt ad consuetudinem Venetorum, quæ permittit, testamentum fieri coram duobus testibus, vel etiam coram vno presbytero. Et multa in hanc sententiam adducit *Alex.* qui pro hoc puncto videndus est.

Communis DD. sententia est in contrarium, pro qua vltra DD. hic videnda, quæ supra dixi, in materia testium, fallen. 3. 4. 5. 6.

Et ad obiectionem respondeo: textum hunc neutiquam velle, quod tantum priuilegio testamentorum formæ derogetur: & proinde consuetudine, statuto, &c. illi derogari non possit. Est enim tota structura testamentaria iuris ciuilis, vt proinde alio iure ciuili tolli possit. *l. nihil. ff. regul. iur.* Sed hoc textus vult, ad hoc, vt tollantur iura testamentorum per priuilegia, non sufficere concessionem generalem, sed requiri speciale priuilegium.

Vltimo ex hoc textu colligit *Bart.* testamentum factum in ciuitate, secundum formam statuti, vbique locorum vires habere: & dicit, hoc mente tenendum. Idem *Ias. & reliqui.* Textus enim vult ex speciali priuilegio certi loci, testamenti solennia relaxari posse, & testamentum ita factum valere. Disputat autem *Bald. hic.* Vtrum priuilegium vel consuetudo loci ciuibus tantum, an vero extraneis etiam prosit? Ad doctrinam autem interpretum hic addantur, quæ dixi supra, in materia testium, fallen. 40. & vltima.

L. si testamentum. 10.

1 *Casus figuratio.*
Princeps rescribendo claram testatoris voluntatem euertere nequit.
Quam sententiam amplia & limita, vt hic.

Casus in hoc textu talis poni potest ex 20. responso Menoch. *libr. 1. numer. 25.* Testator instituit & substituit in suo testamento filios, qui sunt legitimi & naturales, & expresse excludit illegitimè natos, ita vt constet voluntatē eius esse, quod legitimatos admitti nolit. Quæritur: an princeps legitimando illegitimos, aut contra claram testatoris voluntatem rescribendo, testamentum euertere possit? Videtur, quod sic. Quando princeps ea, quæ sunt iuris gentium, cū causa tollere potest, vt sup. ad *l. 3.* dixi. & nominatim post alios id docet *Couarr. lib. 3. var. resol. c. 6. n. 7. vers. sexto hanc sententiam.* At in principe rescribente, causa præsumitur, *Ias. h. num. 2.* dicens, hanc Canonistarum & Legistarum regulam esse. Et eandem sententiam magis communem perhibet *Gabr. Rom. lib. 3. recep. concl. tit. iur. quæsit. non toll. conclus. 3. n. 4.* Quinimo vbi actus ab Imperatore procedens, de potestate ordinaria non subsistit, toties Imperator priuilegio suo, id est, absoluta potestate, vti præsumitur, vt supra ad *l. 3. vers. declara tertio.* annotatum est. 1

Contrarium deciditur, cuius ratio apertissima est: quod testamentum iure factum, si hæres capax sit, neque ordinaria, neque absoluta Imperatoris potestate euerti possit. De ordinaria constat, quum certi in iure modi

modi extent, quibus testamenta infirmantur, inter quos hic proditus non est. Ad absolutam principis potestatem quod attinet, manifestum est, ordinariam & absolutam principis authoritatem ad ea, quæ iuris positiui, non quæ iurisgentium sunt, spectare: & cum ad peccandum nulla absoluta principis potestas sit, Princeps sine causa publicæ vtilitatis ea, quæ iurisgentium sunt, ac proinde testamenti priuati leges & clausulas mutare nequit. *Couarru. & Menoch. locis relatis.* Idque ad *d.l.3. vers. declara quinto.* annotatum est.

Ad rationem dubitandi primam: quod in principe rescribente, causa præsumatur: respondet *Ias. hic. nu.4.5. & Gabr. Roman. d. reg.3. nu.19. fallen.12.* Quod hęc theorica limitetur in principe rescribente contra ius gentium, & contra dispositionem testatoris. Idque satis probat textus h.

Altera vero, quod, actu non subsistente, ex ordinaria potestate Cæsar intelligatur vti priuilegio suo, de iis intelligitur, vbi actus ab Imperatore in alium ita procedunt, vt non tangant ius tertii. Nam vbi de tertii iure quæritur, regula obtinet: Quod Principum rescripta, saluo iure tertii accipienda sint. Recte ergo de eiusmodi facti speciebus *Castr. hic num.2.* docuit, Principem absoluta potestate non vti, nisi id dicat.

Amplia hunc textum duobus modis, vt per *Ias. hic* s *in princ.*

Amplia 3. Nam non licet Principi relicta ad certum vsum pium transmutare in alium.

s Ibi Ias. ampliat. 1. in transactione. *l. causas sup. eod.* 2. ampliat in sententia. *l. fin. infr. sentent. rescind. non poss.*

Sequenda enim defuncti voluntas, quæ semper potissima esse debet, quando pecunia in id, quod facere liceat, & in ciuitate fieri prohibitum non est, relicta fuit. Atque ita ad petitionem hæredis ex senatus Romani consilio & authoritate de pecunia Trebianis in opus noui theatri legata, pronunciatum fuit: etsi Imperator Tiberius ad postulationem Trebianorum pecuniam illam commodius in tutelam & refectionem operum, quę iam essent, quam ad nouum inchoandum erogari posse censeret. *Sueton. in Tiberio c.31. refert AErod. lib.2. decret. c.35. Bald. h. num.1. ibi Angel. & Salycet. c. non liceat.12. quæst.2.* Quæ maxime procedunt, si hæc mutatio coniuncta sit cum præiudicio tertii. *Castr. hic. num.3.* Alias vero iusta causa subsistente, r id est, quia relicta in eum vsum, aut nullo modo, aut certe commode conuerti nequeunt, mutatio, adhibitis hæredibus, fieri potest. *l. legatum. 16. cum l. seq. ff. vsufr. leg. l. fin. ff. administ. rer. ad ciuit. pertin. clem. quia contingit. in princ. de relig. domib. Ita Bald. Angel. Castr. Salyc. hic. Ruin. cons.20. num.12. lib.2. Alciat. lib.1. παρεργ. cap.22.*

r In hac materia sic distinguendum:

Aut id opus vel factum, ad quod pecunia relicta est, in illa republica licitum est, & fieri non prohibetur: & potissima esse debet testatoris voluntas, modo pecunia in illum vsum conuerti possit.

Aut opus vel factum illicitum, aut in republ. prohibitum est, puta, legatur pecunia pro Missis Pontificiis habendis.

Hoc casu subdistinguendum:

Aut enim ipse testator cauit, quid fieri deberet, si pecunia ad illum vsum conuerti non posset: puta, voluit, vt hæres ipsius pecuniam condiceret. Quam facti speciem habui. Hæc est materia *c. verum.4. de condit. appos.*

Aut testator nil aliud cauit: & de sententia principis, aut primorum & hæredum res in alium pium vsum conuertitur.

Clem. *quia contingit.* requirit authoritatem Pontificis. Nostri Principes Aduocati Ecclesiarum merito secuti sunt iura ciuilia in reformationibus Ecclesiarum nostrarum.

Limita hunc textum, quando Imperatoris rescriptum continet clausulam non obstante quacunque lege, puta *l. si testamentum.* aut clausula, Ex certa scientia. Nam tunc constat Imperatorem absoluta potestate vti velle, per quam testamentum tollere potest. Ita *Castrens. h.* cuius sententiam erroneam esse, docet *Couarru. d. c.6. num.8. & 9. & per totum illud caput, vbi de materia huius textus præclare differit.*

L. non

L. non idcirco.

1 *Furti vitium extrinsecum non vitiat testamentum.* *Subtrahens testamentum in quam pœnam incidat.*

Pertinet hic textus ad materiam *l. hared. palam. §. si quid post ff. eod.* Et hoc dicit, furti vitium extrinsecum non vitiare testamentum. Rationem dubitandi adfert *Castrens. hic.* quod vitium furti rem afficiat. *§. furtiua. Institut. vsucap.* Contrarium deciditur hic, eam ob causam, quod factum tertii non officiat testamento. *l. 1. ff. his qua in testam. del. & l. nostram. inf. eod. tit. Bald. h.* Ad rationem dubitandi clara est responsio, rem furtiuam vitiosam effici, quo ad ius & vtilitatem furis. Si tamen legatarius testamentum occultauerit, ille perdit legatum. *l. pen. C. legatis.* Ad quem textum videatur *Gabr. Roman. libr. 7. recept. conclus. conclus. 16.* Et is, qui testamentum subtrahit, *u* incidit in crimen falsi. *Cast. h. num. 2. per l. Paulus. 16 ff. falsis.* 1

u Vide, quæ dixi obiter ad *l. 2. requisito 3. sup. eod. tit.*

L. si vnus [illegible]*.*

1 *Sententia textus exposita remißiue.*

Alberic de Ros. hic dixit, textum hunc duo dicta proponere.

PRIMVM est, quod testamentum deficiat iure, si vnus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo, vel alieno anulo non signauerint. 1

Ex hoc primo textus nostri responso DD. eliciunt, quod numerus septem testium in testamento sit de forma substantiali, vsque adeo, vt deficiente vno ex septem testibus, non probatio tantum iuris, sed & ius ipsum deficiat. Vnde porro sequitur, neque iuramento suppletorio locum esse, neque aduersarii etiam confessionem sufficere. Ita DD. hic. Et hæc quidem declaraui supra in materia testium in testamento requisitorum, ampliatione 1. vbi interpretes ex textu nostro hic, & vltra eos, *Clarum, Couarru. Vasqu. Mant. Grassum* adduxi, & præ cæteris commendaui doctrinam Dominici de Magdalenis, locis ibi relatis.

ALTERVM responsum textus nostri est, de iis, quæ in testamento interleta, vel supra scripta sunt. Quam textus partem ample declaraui ad *l. haredes palam. §. si quid post factum ff. eod.*

L. testandi. 13. cum L. non dubium. 16.

1 *Pecunia appellatione quid veniat.*
2 *Quilibet libere testari de rebus suis potest, modo secundum iuris regulam testetur.*
Quam doctrinam amplia & limita, vt hic.
3 *De argumento L. non dubium.*
Quot modis hæres voluntatem defuncti agnoscat.
Debitum ex minus solenni voluntate, est debitum naturaliter.
Qua actio hoc casu detur.
4 *Deficiente forma testamenti priuata, testamentum approbari potest: secus deficiente forma publica.*
5 *Hares agnoscendo vnum legatum ex testamento inutili relictum, non intelligitur alia approbare.*
Idem iuris est in legato annuo.
6 *Hares legatis prægrauatus, soluens sibi præiudicat.*
Auth. sed quum testator. C. ad l. Falcid. *intellectus & cum* aliis iurib. concordant.
Soluens legatū alimentorum sibi præiudicat.
Intellectus communis ad l. 1. C. fideicom.
7 *Intellectus* l. in testamento. 38. ff. fideicomm. libert.

Hos textus coniungo, cum in textu nostro hic regula, in *l. non dubium.* exceptio ad regulam proponatur. Quæ tamen in hisce textibus distincta sunt, ea separatim attingam.

De pecunia sua. Pecuniæ appellatio interdum ad omnia refertur, quæ in patrimonio nostro sunt. *l. 4. 5. & l. pecunia.* x *ff. verb. signif.* quod antiqui totum, quod haberent, in pecoribus haberent, vt ex Augustino docet *Alciat. d. l. pecunia. num. 3. Brisson. de verb. signif. lib 14. verb. pecunia appellatio.* & ita accipitur hoc loco, vt per *Ias. ante num. & alios hic.* Videantur DD. *in l. talis scriptura. 30. ff. legat. 1.* 1

x Aliud est pecunia, aliud numerata pecunia. Pecuniæ vox generalis.

Non

1 Non iurisdictionis. Id est iuris communis. *Castr. & Alex. hic.* Contra quam expositionem *Ias. h. num. 2.* excipit, si ita iurisdictionis vox hic exaudiatur, sequentia verba in textu inaniter fore redundantia. Probabilius ergo est: quum Diocletiani & Maximiani ætate duplex esset ratio testandi: ciuili iure, per æs & libram: & prætorio, siue mixto, per scripturam. *text. in princ. Institut. eod. tit. Cuiac. in l. qui testamento. ff. eod.* hæc verba ad duplicem hanc testandi formam respicere: Vt sensus sit: Quemlibet de bonis libere per testamentum disponere posse, dummodo formæ testastamentorum, quæ partim iure ciuili, partim iurisdictione, id est, edictis Prætoriis introducta sit, nihil deroget. Neq; enim in iure insolens est, vt iurisdictionis forma, pro edicti forma accipiatur, vt in *l. postquam. 5. §.* y *Imperator. ff. vt legat. nom. caueat.* Ita *Alberic. de Roz. h. quem sequitur Ias. nu. 2.*

y Forma iurisdictionis, id est, forma edicti. Ita accipitur hic terminus ibi & hic.

Scribit autem *Bart.* hanc *l.* bonam esse, & eam, quemadmodum & reliqui, cum *l. nemo. 58. ff. legat. 1.* coniungit. Quare de huius textus materia videndi *DD. ibi, & Dominic. de Magd. de num. testium. in testament. requis. part. 1. c. 6. per tot.*

Porro hos textus 4. modis ampliat, & 6. modis limitat *Bologn.* z *in d. l. nemo. num. 178. cum seqq.*

z Amplissima est materia *l. nemo. & text. n. h.* non ad vltimas voluntates tantum, sed etiam ad cōtractus, iudicia, arbitria, rescripta, & ad quascunque alias dispositiones ciuiles pertinens. Quare tanto pluris facere debemus iudicii dexteritatem in Bologneto, quod tam amplam materiam tam paucis cancellis concluserit. Tradit similem regulam *Diaz. sub num. 726.* testamento suo allegans *Bald. in l. 2. C. vt in poss. legat. & Ias. h.* Sed nimis ieiuna illa sunt.

Prima ampliatio est de substantialibus essentialibus.

Secunda de substantialibus confirmatoriis, adhibendis post actum completum, vt 1. mors, 2. publicatio vel insinuatio testamenti, 3. aditio.

Tertia in substantialibus naturalium & accidentalium. Vt legatum est in testamento accidentale. Ergo abesse potest. Habet tamen sua essentialia; sine quibus non subsistit.

Quarta in lege prohibitiua, quæ tacite vel expresse actum annullat, & illi resistit.

De tribus prioribus limitationibus hic aliquid D. V. dicetur.

Quarta est in naturalibus & accidentalibus.

Quinta, quando lex inducens necessitatem obseruationis, caussa esset peccati.

Sexta, vbi actui apponitur iuramentum. Nam iuramentum facit, actum valere omni meliori modo.

Ad fallentiam 1. Quod regula horum textuum limitanda sit in iuribus, fauore priuatorum introductis, referri debet *l. filio præterito. 17. ff. in iust. testam.* Quod enim liberi instituendi aut exhæredandi sunt, id DD. formam testamenti priuatam appellant, quæ propter vtilitatem liberorum priuatam sit introducta. Vt proinde filius præteritus iuri suo renunciare & simplici approbatione facere possit, vt testamentum valeat. *Ita Castr. in d. l. non dubium. num. 2. & 3. Idem Castr. h. in l. testandi. nu. 3.* Quod tamen intelligendum, iuxta ample tradita per *Ben. in c. Raynut. verb. in eodem testamento. el 1. num. 101. vsq. 122.* ne videlicet iis repugnet, quæ supra in materia institutionis hæredis ad regulam: Quod liberi instituendi vel exhæredandi sint, *fall. 7. fallen. 14. vers. contrarium tenet Bened.* & circa materiam *Authentic. ex causa.* ampliatione 17. ad fin. dicta sunt.

Fallentia 2. coincidit cum fallen. 30. generali, quam supra ad materiam testamentorum tradidi: quod scilicet testamentum, quod non valet vt testamentum, valeat tamen, cæteris paribus, omni meliori modo, quo de iure fieri potest. Et huc pertinet textus *l. codicillis. 91. §. Lucius.* a *inf. legat. 2.* quam glossa h. adduxit. Et idem *Bolog. d. l. nemo. num. 87. 88. & Domin. de Magd. d. c. 6. num. 31. cum seqq.* declarant.

a Ad hoc, vt testamentum omni meliori modo valeat, tria dixi esse necessaria: 1. Vt cōcurrat voluntas. 2. Vt concurrat facultas. 3. Vt simus in iis, quæ tacite insunt. Hinc sequitur, testamentum non valere vt codicillum, nisi 1. inter liberos, 2. & si clausula codicillaris, aut similis testamento sit adiecta. Hæc est materia *l. codicillis. §. Lucius.* qui est *§. fin.* quæ in ff. Florentinis extat sub *l. 88.* Ibi ita Lucius fuerat testatus: Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine vllo Iurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam miseram & nimiam diligentiam. Et si minus aliquid legitime, minusve perite fecero: pro iure legitimo haberi debet hominis sana voluntas. Quæritur:

an illa voluntas valeat in vim codicilli? Deciditur, quod sic. Ratio. 1. Quia concurrit facultas: Nam dispositio ita facta fuit, vt valere posset iure codicilli. 2. Concurrit voluntas. Quia licet testatori nimiam iuris solennitatem & scrupulositatem sequi, & sic solenniter testari noluerit: Tamen voluit, vt dispositio sua minus solennis eo iure valeret, quo iuste & legitime sustineri posset. Aliud est, vbi non solennitatis modo, sed & voluntatis quæstio est, id est, vbi voluntas deficit, puta testator monitus a Notario, nihil valituram eius dispositionem, nisi secundum iuris normam disponat: Ille autem refractarius dicit se nihil iuris solennitates curare, & eo modo, quo sibi proposuerat, testatur, nihil aliud addens, vnde de ipsius voluntate iudicium fieri possit. Hic dispositio concidit Quia qui sciens prudens actum inutilem facit, nihil facere voluisse putandus est. Dixi supra circa testamentum cœci *fallent. 2. versic. sublimita hanc limitationem. num. 239.*

Et huc commode etiam referri potest limitatio 6. de iuramento accedente actui. Id enim actum omni meliori modo valere facit, quo valere potest, vt supra suo loco dictum est.

b Fallentia prima loquitur in iuribus fauore priuato introductis. Hæc loquitur de testamētis, vbi forma, quæ iurispublici est, deficit. Nam licet tale testamentum approbari non possit, vt tanquam testamentum valeat: Tamen partes exceptionem nullitatis tollere, & se ad actus obseruantiam adstringere possūt.

Ad fallentiam 3. quam *Bolog. ibi num.* b *181.* tradit, pertinet text. *d. l. non dubium. hic.*

Breuibus dicendum, quæ textus hic distincta à materia *d. l. testandi.* habeat.

Complectitur duo responsa: Primum ad hanc materiam nostram nihil pertinet, 3
quod videlicet Imperatoribus, & qualibet dignitate decoratis viris tam hæreditas quam legatum relinqui possit.

Rationes dubitandi adferunt *DD. & Ias. hic.*

1. Quod bonum argumentum sit à contractibus ad vltimas voluntates. Sed cum personis in dignitate constitutis contrahere prohibitum est. *l. vnic. C. contract. iudic.*

Ergo illis relinquere prohibitum.

Et communis opinio atque regula est: quod prohibita alienatione per legem, statutum, vel testatorem, prohibeatur etiam hęredis institutio. *l. peto. 71. §. fratre. ff. de legat. 2. Vasq. de success. creat. lib. 1. §. 10. num. 91.*

2. Personæ in dignitate constitutæ munera accipere prohibentur. *l. plebiscito. 18. ff. offic. præsid.*

Sed legata sunt donationes quædam.

Quinimo orbis domino, pecunias oblatas accipere, indecorum videtur. Ideoque Romani potentissimorū regum dona recusarunt, vt docet *Bod. de repub. lib. 6. c. 2. fol. 646.*

Contrarium deciditur hic.

Nam & Romani rerum domini etsi dona recusarent: testamento tamen sibi relicta aspernati non sunt. Ita Asiam, Bithyniam, Libyam, & alia regna testamentis acceperunt. *Brisson. lib. 7. formul. fol. 662. Bodin. de republ. lib. 1. cap. 8. fol. 105. lib. 3. cap. 1. in prin. fol. 366. lib. 6. cap. 2 fol. 646.*

Ex hoc igitur textu, iunctis præcitatis, patet, prohibitum contrahere cum certo genere personarum, puta, cum forensibus, non intelligi prohibitum eis in testamento relinquere. Videatur *Ias. hic num. 1. & 2.*

Et præcitatam regulam: Quod prohibita alienatione, per statutum, legem, vel testatorem, prohibita etiam intelligatur hæredis institutio: multis modis limitat *Vasqu. loco relato.* Item an prohibitus alienare per testamentum, intelligatur prohibitus codicillari. *Crauet. ad rubr. num. 48. ff. legat. 1.*

Nunc ad rem reuertamur. Dixit textus: hæredem, qui approbat testamentum minus solenne, ad legatorum, fideicommissorum & libertatum præstationem cogi posse.

Tria autem à DD. circa hanc solennem legem quæri video.

c Agnoscit hæres 1. soluendo, 2. promittendo ex certa scientia, aut per errorem iuris, 3. paciscendo ex certa scientia. Vbi regula tenetur: Quod approbatio expressa non solū validam, sed & inualidam defuncti dispositionē confirmet: vt amplius ab hærede impugnari nequeat.

1. Quot modis hæres voluntatem defuncti agnoscat.

2. Si vnum legatum soluit, an in aliis quoque sibi præiudicet.

3. Quæ actio hoc casu detur.

Hæc capita ex perturbatis DD. commentis elicio, quibus omnia, quę illi disputant, continentur.

Nam etsi voluntas defuncti circa legata seu fideicommissa seu libertates, legibus non sit subnixa: tamen si hæres sua sponte agnouerit, implendi eam necessitatem habet, vt hic.

Amplia hunc textum 1. Nam agnoscere hæres *c* potest defuncti voluntatem non modo re ipsa soluendo: sed & solenniter per stipulationem

Phanuc. de Phanuc. de inuent. hæred. num. 126. Aliud respectu iuris tertio quæsiti. *Bald. de substit. cap. 1. num. 25.*

nem promittendo: Ita *gl. & omnes DD. hic. ibi Bart. Bald num.3. Salyc. num.2. Castrens. num.2. & 3.* dummodo promissio sit facta ex certa scientia: vel per errorem iuris, non facti. *Bald. loco relato.* Quum enim debitum ex minus solenni testamento sit debitum naturaliter, ex receptissima DD. sententia, quam supra in materia testium, limitatione 20. attigi, & *Alex. hic. nu.2.* magis communem dicit, Ignorantia iuris hæredem non releuat. *l. cum quis. 10. supr. iur. & fact. ignor.* Sed & causa promittendi, id est, vltima voluntas hic præcedit. Vbi autem causa deficit, vt in *l.2. § circa.* d *ff. dol. mal. except.* aut in facto erratum est, nemo sibi præiudicat. *l. si post diuisionem. 4. supr. iur. & fact. ignoran.* Ita nihil præiudicat sola professio. *l. cum testamentum. 8. supr. eod.* aut simplex promissio, puta, si extra iudicium quis dicat, approbo, quod fecit pater meus, non soluendo, vel solenniter promittendo. Nam per hoc non agnoscit testatoris voluntatem nisi aut in *d. l. filio præterito.* vbi sufficit simplex approbatio, vt per *Bald. hic. nu.5. ibi Castr. num.3.* aut si scienter promitteret quis, præsentibus legatariis, quorum interest. Nam talis approbatio haberet vim pacti. *arg. l. pactum. 47. ff. pactis.* Ergo quum relicta in minus solenni voluntate sint naturaliter debita: sequitur, quod pactum nudum super eo, quod naturaliter debetur, producat actionem tanquã constitutum. *§. de constituta. Institut. action. l.1. §. debitum.* e *ff. constit. pecun.* Et per hanc actionem legata peti poterunt: secus quando in absentia legatariorum promitterent nudis verbis: quia esset pollicitatio, *f* quæ non adstringit. Ita post *Fulgos. & Salyc.* residet *Alex. h. num.2.* qui late hunc punctum examinat. sequitur *Ias. h. num.4.*

d Puta, crediturus pecuniam, stipulatus est eam: sed non credidit. Quum ergo causa deficiat, promittens sibi nõ præiudicat. *d. §. circa.* etiamsi iurauerit. *l. fi. C. non numer. pecun.*

e Ad actionem de constituta pecunia sufficit. 1. Debitũ esse naturale, quod in constitutũ deducitur, vt dicit *d. §. debitum.* qui est *§. fin.* 2. Et constitutũ factum esse pacto nudo, vt habet *d. §. de constituta.* Nam vbi stipulatio accessit, non habet locum actio de constitut. pecun. Sed vel condictio certi, vel actio ex stipulatu. text. in *princ. Instit. de verb oblig. l. si quis certum. ff. si cert. pet.*

f Pollicitatio non est simplex iactatio, sed promissio seria, nondum tamen acceptata. *l. pactum. l propter incendium. l. ob casum. & per tot. ff. pollicitat.* De similibus terminis, puta, 1. Dicto, 2. conuentione, 3. promissione, 4. pacto, 5. contractu, 6. sponsione, 7. stipulatione, 8. constituto, 9. cautione, 10. repromissione, 11. restipulatione, 12. satisdatione, 13. expromissore, 14. adpromissore, 15. & pollicitatione: videndi DD. ad *rubr. ibi Molin. de verb. obligat.*

4 Limita 1. Nam licet isto casu, quando priuata forma testamenti (vt DD. loquuntur) deficit, puta, quia filius institutus vel exhæredatus non est, filius testamentum approbare possit, vt illud valeat tanquam testamentum. *d. l. filio præterito.* Tamen vbi publica forma seu solennitas deficit: testamentum approbari non potest, vt valeat iure testamenti. *Castrens. d. l. testandi. num.3. DD. hic. ibi Bart. Salyc. Castrens. num.4. & reliqui.* Cui porro consectarium est, vt hoc casu non ex testamento, sed condict. ex lege agendum sit. Ita sensere antiquiores, quos adducit *Bald. hic num.8. & 9. Alberic. num.2. & Salyc. in fin.*

Verius tamen est, hic distinguendum: vtrum de forma tantum priuata, communi & publica deficiente, quæstio sit. Nam cum testamentum isto casu, vbi forma priuata deficit, ita approbari possit, vt tanquam testamentum valeat, nihil dubitandum erit, quin ex testamento legata peti possint. Qua de re videantur, quæ ad materiam *Auth. ex causa. Cod. liber. præter.* ampliatione 17. dicta sunt. At si forma publica & communis deficiat, recurrendum erit ad doctrinam Alexandri hic *num. 2. & Ias. num.4.*

Non arbitror, veterum sententiam, quod condictione ex lege agendum hic sit, veram esse.

PRIMO enim ad condictionem ex lege requiritur, vt obligatio lege noua sit intro-

ducta.*l. vnic.ff.condict.ex leg.* At ex testamento non solenni naturalem obligationem oriri, iam ante hanc legem certum fuit.

SECVNDO exigitur, vt cautum non sit, quo genere actionis experiamur.*d.l.vnic.* At obligationem naturalem in constitutum deduci posse,& proinde actioni de constituta pecunia locum esse,iam antea cautum fuerat.

TERTIO exigitur talis obligatio, quæ non satis materiæ & virium habet, vt per sese iure conuentionis efficax sit: sed lege ipsa contrahatur.*VVesenb.in paratit.ibi.* At obligationem naturalem in pactum & stipulationem deduci posse constat.

Declara 2. Nam si in testamento inutili sint relicta plura legata, hæres 5
vnum agnoscendo, non intelligitur alia approbare.*gl.& omnes DD. h.l.creditor.7.* g *C.vsur.l.fin.* h *C.ne vxor pro marit.*

g Ex præstatione vsurarum non præsumitur promissio earum. Ideo dixit textus, creditorem debere probare, se vsuras esse stipulatum. Nec enim si aliquando ex consensu præstitæ sint, obligationem constitui. Videantur vltra *DD ibi Hotoman. Paris.cons. 7. num.5.lib.4. Menoch.de præsumpt. lib. 3. præsumpt 131. num.55.*

h Ibi dicitur, licet mater soluerit partem debiti filii sui, tamen eam propterea non compellendam ad solutionem residui. Addatur *Cephal.cons. 157. num.19.*

Hanc declarationem amplia, vt procedat etiam in annuo legato, secundum distinctionem Nicol. de Matarell. quam recitat *Bald. h. num.12.* & vno tantum membro excepto, tenendam dicunt *Salyc. num.6. Alex. num. 4.*

Sublimita hanc declarationem 1. vt procedat, quando testamentum 6
in forma deficit: aliud si ratione formæ subsistat, sed hæres legatis nimium prægrauatus sit. Nam tunc sibi indistincte præiudicat hæres. *Auth.sed cum testator.inf.ad l.Falcid.* Ita sentit *gl.h.* quam probat *Petr.Cyn.Bart.& reliqui.* Et hanc conciliationem bonam *Cyn.* & communem *Ias.h.nu.5.* dixit.

Sublimita 2. in legato alimentorum.*l.1.infr. fideicom.* vt scilicet propter præstationem triennalem in futurum quis teneatur. Ita omnes textum illum intelligunt *hic, ibi Alber. ante num. Bald.num 3. Alex.nu.3.* dicens communem. Nam alias secus est, vt in *l.si certis annis.28.supr.pactis.*

Sublimita 3. in casu singulari *l.in testamẽto 38.ff fideicom.libert.* i ad quem 7
duos intellectus post alios tradit *Alex. h. num.3.* Verum *Ias.num.6. hic* rectius existimat, in casu illius legis nimiam affectionem facere, vt ex testamento non solenni quæcunq; legata debeantur, iuxta glossam *ibi.* Quam ab omnibus DD. approbatam dicit in *leg. eam quam. 14.* vbi similis glossa, *verb.traditur.ibi, decimo propter pietatem. infr.fideicommiss. & hic num. 7. atq; 8.* eleganter declarat *Zunt.in respons.pro vxor.nu.440.* Pro cuius tamen textus sententia, quæ supra ad definitionem testamenti, verbo, Iusta, versic. IV. hinc infertur, ad fin. & supra ad materiam testium circa regulam: Quod septem testes in testamento necessarii sint: octaua limitatione dixi, huc repetenda sunt.

i Affectio facit, vt ex testamento non solenni quæcunq; legata debeantur. Et sic patet, quod coniunctio sanguinis, vel licita affectio in persona valde dilecta, habet vim clausulæ codicillaris, & tantum operatur, ac si in testamento apposita esset clausula codicillaris.

L. non codicillum. k 14.

k Casus. Mulier dixerat, se codicillari: Fecerat autem institutiones & exhæredationes in sua vltima voluntate. Quæritur: numnã ea dispositio p codicillo sit?

1 *Casus figuratio.*

Codicillus & testamentũ disparatæ formæ.

Ergo si testamentum non valet, vt testamentũ, ne quidẽ vt codicillus sustinebitur.

2. Co-

Videtur, quod sic. quum sic eam testatrix appellarit. Contrarium deciditur hic.

Tum (1) quod talia non fiant in codicillis.

Tum (2) quod actus non iudicetur secundum verbalem denominationem: sed secundum formam & qualitatem: & sic cognoscatur ab essentia.

Ita sæpe contractus nominantur emptio & venditio, quum sint pignora.

Sæpe nominantur pignora, Pfandtschilling/ cum sint emptiones cum pacto de retrouendendo. Porro ad hunc textum & ad quæstionem, Quando testator codicillari vel testamentum condere voluerit: adde *Menoch.de præsum.lib.4. tom.1 præsum.2.n.5.præsum.2.per tot.* Ergo testamentum sub nomine contractus, coram 7. testibus factum, testamentum erit: quia natura verborum potius, quam rerum improprianda est.*Nicol.Moron.de fide, treuga & pace q.19.n.9.*

2 Codicillis hæreditas non datur: quod amplia & limita, vt hic.
Testamento non oberit, siue notarius, siue testator illud codicillum appellet.
Codicillus propterea non est testamentum, quod testator, aut notarius testamenti mentionem fecit.
3 Testator relinquens in testamento 10. non potest in codicillo illam summam iure institutionis relinquere.
Institutio in re certa fit in codicillis.
4 Per exteriora cognoscuntur interiora.
Actus, qui pluribus modis fieri potest, fortiori modo valet.
Si compromissum fit in aliquem tanquã in arbitrum & arbitratorem, quid iuris sit.

1 Quum propria testamenti forma in hæredum institutione atque exhæredatione consistat: Hæreditas autem codicillis neque dari, neque adimi possit. §.*codicillis. Instit. codicill.* Hinc ergo sequitur, eum, qui hæredes instituit, aut exhæredationes facit, codicillari nolle: quum vna via electa, tollatur contraria. *l. post diem.7. ff. leg.commiss.* Vnde porro omnes DD. hic colligunt, quia codicillus & testamentum disparatæ formæ sunt: si testamentum vt testamentum non valeat, quod ne quidem vt codicillus sustineri possit. Quæ supra in materia testamentorum ad finem, circa fallentiam 30. generalem exposita sunt.

2 Porro regulam: Quod codicillis hæreditas non detur: (De qua suprà in materia institutionis hæredum, requisito octauo.) amplia 1. Nam etsi testator conuocatis septem testibus, instituat filios hæredes, & legata faciat, & deinde dicat: sitis testes, quod facio codicillos: & volo hanc meam dispositionem valere iure codicillorum: tamen dispositio vt testamentum sustinetur.

Nam siue Notarius per errorem talia verba asscripserit testamento: quemadmodum casum se habuisse refert *Clar. §. testamentum. q.4. num.4.* id testatori fraudi esse non debet, vt ille recte ibi decidit: (Et dixi supra in materia institutionis, declaratione 1. & circa finem totius illius materiæ, ad ampliationis decimæ tertiæ generalis limitationem tertiam) siue ipse testator *l* ita suum testamentum nominarit: testamento hoc nihil oberit: quum actus non iudicetur secundum verbalem denominationem, sed secundum formam & qualitatem, & sic cognoscatur ab essentia. Ergo testamentum non ideo infirmari debet, quod diuersis hoc deficiens nominibus appellauit. *l. testamentum.17. infr. eod.* Ita post *Ioann. Andr.* decidunt *Alex. hic. num.4. ibi Ias. num.1.* & in terminis ita consuluit *Mar. Socin. Iun. cons.69. per tot. lib.4. Crauet. rubr. num.42.43. ff. legat.1.*

l Ratio hæc quoq; adferri potest, quod in testamento nihil frustra factum præsumatur, quod non suum habeat effectum. At frustra testamenti substantialia intelligerentur adhibita, si actus talis, ob solam denominationem iudicaretur codicillus.

Ita legatum sola testatoris voluntate consistit. At si testator legatarium præsentem esse voluerit, potius donasse intelligitur, vtcunq; legati voce vsus sit. *Lancell. Gall. de statut. cap.7. num.12. cum seqq. super verb. legare.*

Et è contrario, si aliquis conuocatos septem testes & Notarium roget, vt sint testes in testamento, & Notarius scribat, illud esse testamentum, in charta autem nulla institutio, sed tantum legata contineantur, codicillus erit: & testamenti vox pro codicillo accipietur. Ita *Ias. hic. num.1.2.3.*

3 Amplia 2. si testator in testamento relinquat 10. & postea in codicillis dicat, se illam summam iure institutionis relinquere. Nam id non admittitur. *Bald. hic num.8. ibi Salyc. num.4.*

Limita hanc regulam 1. in institutione in re certa, quæ in codicillis fieri potest, ita tamen vt valeat iure relicti, non institutionis. *l. quoties.13. C. hæred. instituend. Bald. h. num.8.*

Denique hanc eandem regulam aliis duobus modis ampliat, & septem modis limitat *Diaz. reg.309. hæreditas non potest.*

4 Ex hoc textu DD. etiam eliciunt illud notabile: Quod per exteriora cognoscantur inte-

interiora. Videatur postilla ad *Cyn.hic. ibi Salyc.num.1.* Ex eo enim quod testatrix institutiones & exhæredationes fecerat, colligunt Impp. non codicillari, sed testari eam voluisse.

Deinde tradit *Bald.* theoricam hic: Quod actus, qui pluribus modis fieri & valere potest, fortiori modo valeat. Et hanc accommodat ad casum, si in aliquem tanquam in arbitrum & arbitratorem simul compromissum sit. Videatur etiam *Alberic. num.3. Castrens.num.3.*

L. quoniam indignum.15.

1 *De formulis institutionum.*
2 *Constantinus Magnus formulas testamentarias sustulit.*
Locus Eusebii ea de re.
3 *Constantinus sustulit testamentum per æs & libram.*
4 *Semimortuus linguam iam balbutientem habens testari potest.*
Imprudēter faciunt, qui testamentorū confectiones vsq; ad tempus mortis differunt.
Contractus & testamenta fieri possunt vsque ad extremum vitæ spiritum.
5 *Instrumentum testamenti in quacunq; materia scribi potest.*
Intellectus §. aliud. in Auth. de tabellion.
Iure nouo instrumenta notariorum sunt scribenda in pergameno.
Valet consuetudo loci, quæ papyracea instrumenta sustinet.

Textus hic magis Grammaticam & historicam, quam iuridicam expositionem desiderat. Summa hæc est: Ea, quæ in testamentis iam olim imaginaria fuere, & formulas, quibus hæredes instituendi erant, à Constantino esse sublatas, vt hodie quibuscunque, idoneis tamen verbis, hæres institui possit.

Hic Princeps etiam formulas iudiciarias sustulit. Et dixi aliquid de materia huius textus circa institutionem hæredum in princip.

DD. existimant, ante Constantinum hæredem aliter institui non potuisse, nisi verba imperatiua, & nomina recti casus essent. *Bart. in leg 2. num. 2. C. comm. de legat.* ad cuius doctrinam communiter interpretes recurrunt, ita *Bald. h. num.3. Castrens. num.2. Alex. num.2.& 3. Ias. num.1. Vacon. lib.4. declaration.55. num.2.3.* qui eam ob causam, in textu hic, pro vocula directis, rectis legendum censet. Et fatendum quidem vulgarem formulam fuisse: Hæres *m* esto: vt multis docet *Brisson. lib.7. form. pag.661 & sequentib. vers. instituebantur hæredes.* 1

m Exemplum in *l. 1. ff. hæred. instituend.*

Sed Vlpianus ostendit *Institut. c.21.* hæredem etiam sic institui potuisse: Titium *n* hæredem esse iubeo: Hasce autem formulas: Hæredem facio: Hæredem instituo: plerisque fuisse improbatas.

n Institui hæres potuit, etsi nomina non essent recti casus. Vnde liquet pro directis verbis esse, quæ vel sint imperatiua, aut imperatiuum sensum habeant.

Porro Constantinus Imperator non modo testamentariis, sed & iudiciariis formulis infestus, omnes foro & orbe Romano excedere iussit. Qua de re sic in vita Constantini Magni *lib.4. cap.26. Eusebius* refert. Præterea cum legibus veteribus cautum esset, vt, qui è vita discederent, ipso extremo fere spiritu certis & conceptis verbis testamenta componerent: atq; adeo leges ipsæ, quibus ea (id est, testamenta) sententiarum formulis quibusque verbis scriberentur, definirent: eaque res non minimæ esset fraudi testatorū iam morientium voluntati: prudenter hæc animo complectens Imperator, legem ipsam abrogauit: statuitque, vt moriens nudis verbis & fortuita oratione voluntatem suam testaretur: & quouis scripto sententiam suam ederet: aut si mallet, sine scripto testaretur: adhibitis ad eam rem idoneis testibus, quique fidem sine fallacia seruare possent. Hæc ille. Quibus addatur *Brisson. loco relato. Idem de verb. signif. lib.4. verb directum. & libr.19. verb. verba alia. Francisc. Hotoman. in libr. formul. veterum, sub rubr. hæredis instituendi. Duaren. ad tit. ff. hæred. instituend. c.1. Cuiac. l.1. ff. h. tit. n.* Vt proinde hodie quibuscunque verbis, idoneis tamen, hæres institui possit. 2

possit. Qua de re videantur, quæ supra circa institutionem hæredis ad princip. & ad regulam: quod liberi instituendi aut exhæredandi sint, fallent. 1. & 2. dicta sunt.

Ademptis his, quorum imaginarius vsus est.

3 Sustulit ergo Constantinus hoc textu testamentum per æs & libram. *Cuiac. l. qui testamento. ff. eod. tit.*

Seminecis & balbutiens lingua.

4 Textum hunc cum glossa *verb. seminecis.* plurimum DD. omnes commendant, & legem singularem atque vnicam *o* appellant, quæ videlicet vsque adeo expresse & clare nusquam reperiatur: quod semimortuus linguam iam balbutientem, *p* & ex vi morbi ingrossatam habens, testamentum condere possit, dummodo adhuc sana mente vtatur, & verba eius intelligibilia sint. *Bald. hic. ibi Angel. & Alex. num. 4. Ias. num. 3. Cephal. cons. 546. num. 16.*

o Alias textus non est vnicus. addatur *l. hac consultissima §. at cum humana supr. tit. praeced. qui testament. fac. poss.* Adde & *l. iubemus. inf. eod.*

p Si testator incipit balbutire propter morbi grauitatem & mortis vicinitatem: tamen si verba eius testes intelligunt, testamentum valet, per text. singularem hic. Aliud, si articulate non loqueretur, i.e. si verba eius intelligibilia non essent. *DD. in l. iubemus. ibi Ias. nu. 1. 2. 3. infr. eod.* Cauti ergo esse debent notarii, quando vident, testatorem non bene loqui, & non recte respondere, ne scribant talia testamenta. *Angel. Aretin. ex Baldo in tract. de testament. gloss. 3. num. 8.*

Albericus hic dicit, textum hunc facere contra eos, qui nolunt testari, nisi quando sunt semimortui, contra quos dicit etiam esse textum *in d. l. hac consultissima. § at cum humana. sup. tit. praeced. qui testam. fac poss. & in §. illud. in Auth. de trien. & semiss.*

Et quemadmodum testamenta fieri possunt, vsque ad extremum vitæ spiritum, dummodo testator sanæ mentis sit: ita idem esse in contractibus, *Ias. hic num. 4.* recte pronunciat.

In quacunque instrumenti materia.

5 Textus est hic apertus, quod instrumentum testamenti, in qualibet materia inscribi possit. Existimat tamen *Salycet.* in ciuitate Constantinopolitana, instrumenta in pergameno, vel charta pecorina fuisse describenda, per text. §. *aliud. in Auth. de tabell.* *q* Sed illum & plerosque alios in illius textus expositione errasse, ostendunt verba in rubro & nigro. Et idem obseruauit *Cuiac. Nouell. 44. prope fin.* Verum in constitutione Nouella Imperii, Anno 1512. Coloniæ de Notariis edita, *vers.* **Item / die Notarien sollen sich auch hüten / ec.** cautum est: **Daß die Notarien jhre** instrumenta **in Pergamen / vnd nicht Papyr / in Lateinischer oder Teutscher gezung schreiben.** Quare chartacea vel papyracea instrumenta regulariter fidem non faciunt. *Mynsing. obseru. 80. cent. 1.* nisi aliter consuetudine receptum sit. Nam huiusmodi consuetudines valent, & in Camera attenduntur, cum sint iuri communi consentaneæ. *Gail. pract. obseruat. libr. 1. obseruat. 119. num. 3.*

q Ibi Imp. sanxit, vt in vrbe Constantinopolitana propter frequentiam contractuum & aliorũ actuum, ad instrumentorum confectionem ea tãtum charta vtantur tabelliones, quæ habeat Protocollum. Quærunt DD quid in hoc textu dicatur Protocollum.

Alii aliter exponunt, vt notauit Cuiac. ad illam Nouell. Salyc. id intelligit de charta pecorina. Sed illum errare patet.

1. Quia ita habet rubrica: De tabellionibus, & vt Protocolla dimittant in chartis, & in textu prohibetur, ne protocolla incidantur, sed inserta relinquantur. Ergo nihil tale intelligitur.

2. Textus clare exponit, quid sit Protocollum. dicit, esse initium chartarum, in quo nomen Comitis sacrarum largitionum, & tempus chartæ confectæ expressum esset. Et rationem textus addit: quod multæ falsitates ex eiusmodi chartis ostensæ essent, quæ alias non potuissent deprehendi, quemadmodum & Cuiac. exemplum habet.

L. testamentum non ideo. *r* 17.

1 Superflua cautela non nocet: quod limita duobus modis.

Si cautela contra actus substantiam adiecta, inseparabilis sit, vtile per inutile vitiatur.

Intellectus l. Græce. §. illud. ff. fideiuss.

r In *l. non codicillum.* explicata est quæstio: quid iuris sit, si testator testamentum suum codicillum, aut codicillum testamẽtum appellet. Hic casus est de eo, qui suum testamentum diuersis nominibus appellat, puta, testamentum & codicillum, & se testari atque codicillari protestatur.

2 *Ex multitudine cautelarum insolitarum in materia suspecta fraudis suspicio nascitur.*
3 *Iuramenta insolita præsumuntur extorta.*
Ad citationem insolitam nemo comparere tenetur.
Notario dicente venditionem vere factam, non per simulationem, fraus præsumitur.
Magnates & respublicæ certo & recepto stylo vtuntur.
Proxenetarum & nostræ ætatis leuitas.
Constitutus asinus, intelligitur constitutus Procurator.

Traditur hic vulgaris theorica: Quod superflua cautela non noceat. 1
Concordat *l. quæ extrinsecus. 64. ff. verb. obligat.* Quam DD. limitant duobus modis.

1. Quando cautela contra actus substantiam & inseparabilis s est. Nam tunc vtile per inutile viciatur. *l. Græce. 9. §. illud ff.* t *fideiuss. l. actus legitimi. ff. de reg. iur. Bald. hic num. 3. ibi Alber. num. 2. Salyc. num. 2. Castr. nu. 2. Alex. num. 1. Ias. num. 3.*

s Aliud si separabilis, vt per Salyc. hic.

t Dixit textus, fideiussorem in duriorem causam adhibitum omnimodo non obligari, quod DD. intelligunt, eum nullo modo teneri, & ita adducunt textum hic. Sed hunc intellectum damnat glossa ibi, pro qua videndi vltra DD. in *§. fideiussores. Instit. eod. Alciat. lib. 5. παρεργ. cap. 17. Molin. l. 1. §. stipulanti. num. 9. & seqq. & §. sed si mihi. num. 28. & seqq. ff. de verbor. obligat. Couarru. de pactis. 2. part. §. 6. num. 3. Ioseph. Ludouic. decis. 57. num. 6.*

2. Nam etsi imperitis melius sit, superflua cautela vti, quam necessaria omittere. *Alber. hic. num. 1. Castrens. num. 4. Ias. ante num.* tamen ex multitudine cautelarum, maxime insolitarum, in materia suspecta fraudis suspicio nascitur. *Text & gl. singul. in l. si quis sub conditione. 7. ff. condit. instit. Bald. h. num. 3. Salyc. num. 1. Castr. num. 2. Ias. notanter num. 3. 4. 5. Molin. cons. 31. nu. 16.* vltra *DD. ibi* declarant *Alciat. lib. 3. παρεργ. cap. 4. 5. 6. 7. 8. Couarr. de matrimon. 2. part. cap. 3. num. 4. Forcatul. dialog. 83. num. 4. Cuiac. lib. 3. obseruat. c. 34. lib. 15. c. 16. Mantua sing. 12. lib. 1. Bolog. l. nec verba. num. 139. ff. legat. 1. Cacheran. decis. 146. num. 7. Duaren. ad tit. ff. de iurisdict. c. 5. Mascard. de probat. lib. 2. conclus. 740. num. 37. vers. vndecimo præsumitur. Menoch. lib. 5. præsumpt. 3. num. 102. Mascard. conclus. 531. num. 103. vers. 54.* 2

Iuramenta insolita præter antiquam consuetudinem præstita, præsumuntur per impressionem extorta. Et si aliquis non compareat ad citationem, habentem clausulas insolitas, excusatur. Ita si notarii in instrumento dicant, vere venditionem esse factam, non per simulationem, præsumitur fraus. Hanc *Ias.* refert, quæ disputari solet in materia simulationis contractuum, vt ipse expertus sum. 3

Grosse Herrn/vnd Erbare Stätte/haben in cautionibus jhren gewissen stylum, darbey lassen sie es bleiben/idq; recte & merito. proxenetæ erdencken alle Tag newe cautelas darmit man Blut verstellen möchte. Illi notent hunc textum cum glossa: Sit modus in rebus. Quo tamen nomine bonos viros reprehendere nolo, quibus aut in angustia constitutis tales leges dictantur: aut cum lubricis hominib. negocium est. qui, nisi optime vndiquaq; constricti, fidem bonam agnoscere nolunt. Nostri maiores fuere graues, paucis verbis sua transegerunt: fidei fuerunt obseruantissimi. Nos multis & magnis diplomatis, multis cautelis nostra transigimus, & tamen bonam fidem non agnoscimus. Vos mementote textus huius, quod modum cautelarum esse oporteat.

Supra *in l. non codicillum.* dixi testamentum valere, etsi illud testator codicillum appellauerit. Idem probant omnes DD. hic. Dicunt testamentum non viciari, siue codicillus, siue contractus à testatore nominetur. *Ita Bald. Salyc. num. 1. Castrens. num. 3. Alex. Ias. num. 1.*

Ponderant etiam *Bald. & moderni* hunc textum, ad quæstionem, si dico: me Titium constituere asinum meum, ad constituendas & agendas causas meas, quod per hoc sit constitutus Procurator. Sed hæc doctrina non satis dextre ex hoc textu elicitur: & eam *Ias. num. 2.* communiter à DD. reprehendi dicit.

Prætermissa.

Ad hanc glossam videatur *Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 2. interpret. 1. dub. 1. solut. 10. num. 68.*

L. omnium.

L.omnium.19.

1 *Quinque requisita necessaria ad hoc, vt textui huic locus sit.*
2 *Ratio decidendi ad textum.*
Testamentum apud acta conditum, nullum omnino testem requirit, iuxta magis communem.
3 *Tres DD. opiniones de hac quæstione.*
4 *Testamentum non apud iudicem, sed apud acta iudicii conficiendum.*
5 *Tres causæ, cur Imperator omnia iura in scrinio pectoris habere dicatur.*
6 *Num principis rescripto testamentum inuariabile reddatur.*
7 *Versic.* Ne quid sane. *verus & communis sensus.*
Effectus huius testamenti remissiue.
8 *DD. aliæ quæstiones circa hunc textum.*
De testamento Imperatoris aliorumq; dominorum.
De testamento facto apud Parlamentum.
Testamentum apud principem factum, an tollat prius habẽs clausulã derogatoriam.
Vtrum libellus editus apud principem valeat sine conclusione.

In testamento facto coram principe, testium solennitas necessaria non est, vt hic deciditur, & supra in materia testium, pluribus in id cumulatis, fallen. 24. 25. 27. probatum est.

Ad hoc autem, vt decisioni huius textus locus sit, requiritur 1. vt preces, quibus testamenti tenor insertus est, principi oblatæ & lectæ sint. *Alex. hic n.3. Ias. ante num. & Iul. Clar. §. testamentum. q.56. n.7.* Idem tamen est, si quis oretenus apud Imperatorem hæredem nuncuparit. *Clar. loco relato.*

Secundo necesse est, vt supplicatio, principi oblata, vera sit: & nullas falsitates contineat. Nam licet de testamento apud principem condito, nulla fieri possit quæstio solennitatis: fieri tamen potest quæstio veritatis, vt, si forte dicatur aliquid esse falsum, vel per errorem scriptũ in supplicatione principi oblata. & hoc illa verba textus ibi (insertum *u* mera fide) volunt. *Alex. nu.1. Ias. ante num.* Nam & rescripta principis exceptionem sub & obreptionis admittunt. x *And. Gail. pract. obser. lib.1. obser.14.*

u *Alberic.* post *Oldra.* hęc verba, *mera fide*, ita intelligit, vt illi idem sint, q; hac sola ratione, vt ei fides adhibeatur.

x Mandata Cæsaris duplicia, cum clausula, quę citato cõparente resoluitur in simplicem citatione, & sine clausula. contra quæ opponitur de sub & obreptione.

Tertio requiritur, vt testator habeat testamenti factionem, vt hic circa *fin.* ibi, cui testandi facultas suppetit, traditur.

Quarto requiritur, vt testamentum factum coram Imperatore, vltimum sit: aliud, si post illud, testator secundum fecerit. Nam testamentum apud Imperatorem factum *y* non minus atq; aliud posteriore testamento tollitur, vt hic. *vers. cum hoc ipsum.* & notant hic *Bart. num.3.4. Bald. num.10. Alex. num.3. Ias. num.5.*

y Cum testamentum apud Imperatorem factum, sola testatoris voluntate, si aliud fecerit postea, reuocari possit: hinc DD. inferunt, etiam statuentes sua statuta reuocare posse, absque superioris authoritate, licet ille ea confirmarit. Quæ tamen doctrina distinctionem requirit. *Ias.* autem *num.5. cum seqq. vsq; num.11.* omnes DD. flagellat, quod male textum ad hanc quæstionem adducant. Ipse ait, Imperatorem hic nihil expresse rescribere, aut confirmare: &c. Quare hanc materiam nil commune cum illa quæstione habere At *Dec.* in *c. cum accessissent. num.3 & 4 de constitut.* erudite Ias. refutat. Nam etsi expresse Imperator nihil rescribat hic: tamen ipsius præsentia vicem solennium, & testamento robur atque vires præstat, quod alias nihil valiturum esset.

Quinto requiritur, vt alius defectus non adsit, quam testium. Nam si forte filium testator præterisset, aut hæres incapax foret, testamento nullum robur principis præsentia præstaret. Idque verba textus hic *versic. omnibus etenim.* clare probant: notant *Castrens. num.1. & 9. Alex. num.1. & 9. Ias. num.16.*

Sicut ergo securus est.

2 Ratio decidendi ad textum hic. Cuius sententia hæc est: si testamentum apud acta maiorum vel minorum iudicum, vel extra acta coram 7. testibus conditum valeat: multo magis id valiturum, quod apud principem factum sit. *Ias. h. ante num.*

Porro quum textus hic testamentum apud acta conditum, illi, quod coram

coram testibus factum est, æquiparauerit: Hinc ergo certa consequentia concluditur, in testamento apud acta, aut coram principe facto, nullum omnino testem pro solennitate requiri: & hanc magis communem esse *Alex.hic.num.9.* testatus est. Quam *Ias.nu.15.* eleganter probat, & Camera Imperii atque Electoratus Saxo.in practica receperunt. *Mynsing.obs.29. cent.6. Constitut. Saxon.part.3.c.3.*

Huic sententiæ videtur obstare textus *in fin. hic.* vbi dicitur de probatione idoneis testibus facienda. Hinc DD. in tres turmas sese diuiserunt. Aliqui dicunt septem testes requiri, vt in alio testamento. *Ita Ang.hic num.1. Idem Alberic.num.3.* Mouentur aliqui ad hanc sententiam tenendam *per l.2. sup.eod. tit.* vbi probatur, licet testamentum publicetur apud officium censuale, quod tamen septem testes requirat. Sed clara est responsio, textum illum loqui de publicatione testamenti coram septem testibus conditi. hic non est quæstio de publicatione, se de testamento apud acta faciendo.

Azo & Vgolinus, vt refert *Cyn.num.5.* requirunt duos testes.

Quam *Bart. & multi hic* amplexi sunt.

Tertii, quorum sententia magis communis, dicunt, nullum omnino testem requiri.

Alex.num.4. dicit, punctum esse dubium. Ille inclinat in eam sententiam, quod duo testes requirantur.

Hæc doctrina facile potest explicari.

Angeli sententia est procul dubio falsa.

Sed *Azonis & Vgolini* sententiam cum tertia opinione ita conciliari oportet. Nulli omnino testes necessarii sunt, id est, pro substantia aut solennitate testamenti conditi apud acta.

Nam in hoc testamento testes non sunt de substantia, vt alias dicimus; sed tantum desiderantur ad probationem: si forte negetur princeps fuisse præsens. Ita *Vgolini, Azonis, Bartoli & aliorum* doctrinas accipiendas esse, intelligitur ex doctrina *Alexandri h.num.9.* Idemque clare monet *Domin.de Magd.de num.testium in testam requis.part.1.cap.23. num.14.*

Neque obstat, quod textus hic in fine de idoneis testibus subiicit. Nam si de solennitate & substantia testamenti apud principem conditi quæratur, testes nulli requiruntur. At quando princeps præsens fuisse, aut simile quid negatur: duo testes, non quidem pro validitate & solennitate testamenti: sed ad probationem tantum requiruntur. Vt proinde vel per duos testes, vel alio modo probatio fieri possit: quod isto casu, vbi pro substantia testes desiderantur, non admittitur. Ita intelligitur doctrina Azonis & Vgolini, relata *per gl. & Cyn.h.num.5. Bald.num.1.* qui dixit tale testamentum haberi pro notorio, vt proinde per duos illud probari sufficiat. *Castrens.num.1.2. Salyc.num.5.& 9. Alex.num.1.& 9. Clar.§.testamentum. q 56.num.7.* qui magis communem dicit. *Domin.de Magd.in tract.de num.testium in testam. requis.part.1.cap.23.num.14.*

Qui actis.

Non enim sufficit apud iudicem testamentum fieri, sed necesse est, vt apud acta iudicis fiat. *Ceph.cons.360.num.11.* Quid autem practica harum regionum admittat, præcitata Constitutione Saxonica exponitur.

Publicauit iudicium.

Primam expositionem glossæ sequuntur DD. hic & inter illos *Bald.n.3. Castr.num.3.* eamque veram *Bart.num.4.* & magis communem *Alex.num.4.* dicit. Addit *Ias.num.14.* textum hunc secundam glossæ z expositionem, de publicatione propria, nullo modo admittere: quum de priuatis etiam personis meminerit, ibi (auribus priuatorum) coram quibus publicatio, de qua *in l. praced.& l.2.supra.* fieri nequeat.

z Glossa hic frustrà difficultates excitat propter verbũ *publicationis*. quo Imperatores hic vtuntur. Illa permiscet ea, quæ supra *l.2. & l.* pxima dicta sunt, de propria publicatione cum materia legis nostræ, vbi nõ de publicando, sed de faciendo testamento disponitur.

Et

Et toto iure (quod in nostris est scriniis constitutum) teste.

Tres causæ sunt, cur Imp. omnia iura in scrinio pectoris sui habere dicatur.

1. Respicit personam principis. Etsi enim magnum DEI donum sit à stirpe clarissima natum esse: tamen transmissæ illius nobilitatis radix & origo in virtute consistit: quæ nobilitatis parens est. *Bodin. de republ. libr. 1. cap. 5.* At quum princeps omnis nobilitatis fons perennis sit, conuenit ipsum animi virtutibus, id est, pacis & belli artibus aliis antecellere.

Ita principem describit Homerus Iliad. 3

Rex bonus atque idem fortis bellator in armis.

Atque hunc versum Alexander Magnus omnium carminum Homericorum optimum esse iudicauit: quod omnia boni principis officia complectatur. Ex quo Imperator noster proœmium Institutionum hausit. Imperatoriam (inquiens) maiestatem non solum armis decoratam, sed & legibus oportet esse armatam; vt vtrumque tempus bellorum & pacis legitime possit gubernare: & princeps summus non solum in hostilibus præliis victor existat; sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat, & fiat tam iuris religiosissimus, id est, obseruantissimus, quam victis hostibus, triumphator magnificus.

Ita *in l. pen. C. his quibus vt indig.* dicitur Imp. philosophia plenus: & *in l. vnum ex familia. 69. §. fin. ff legat. 2.* Imperator Marcus appellatur prouidentissimus & religiosissimus, id est, iuris.

Ergo Imperatores ad belli & pacis studia educandi sunt, *a* vt & ipsi, vbi res ita axigit, ius suis dicere possint.

a Luculente hac de re differit Ioan. Redin. *de maiestate principis. super verb. non armis solum decoratã per tot. & verb. sed etiam legibus oportet esse armatam per tot.*

Ita Solomon in populo DEI ius dixit.

Ita Caius Iulius Cæsar Augustus, & plerique alii principes laudatissimi sese gesserunt. Qua de re videatur *Tiraquell. in tract. de nobilitate. cap. 28. num. 17. vsq; ad fin.* luculente idem argumentum tractat *Bodin. de repub. 4. cap. 6.*

De Iulio Cæsare dicitur, quod fuerit vir belli pacisque artibus clarissimus. *Baptista Egnatius in Iulio.*

Et de Augusto quomodo ius dixerit, videatur *Suetonius in eius vita, cap 33. Tiraquell. loco relato.*

De Claudio, *Tranquill. in Claudio, cap. 16.*

De Nerone, *idem in Nerone, cap. 15.*

De Flauio Vespasiano, *idem in Vespasiano, cap. 10.*

De Flauio Domiciano, *idem in Domiciano.*

De Tito Vespasiano *Cuspinianus* hæc habet: *Græcæ Latinæq; linguæ adeo peritus fuit, vt siue oraret, siue poemata fingeret, facile sine labore, & pene ex tempore ageret; pacis & belli iuxta studiosus, horum arma æque tractare peritus. Musicam ita callebat, vt canere psallereque iucunde sciret. Scribere notis ita nouit, vt amanuenses suos præcelleret: ac quæcunq; vellet chirographa imitaretur, vt ioco, dum per ludum certaret, falsarius quandoq; vocaretur: licet omnia ex bonitate ingenii ageret, qui à puero præclaris studiis erat deditus, & simul literarum ac militiæ studiosus.*

De Traiano memoriæ est proditum, quod simplicium ingeniorum cultor, eruditissimorum admirator, & iuris humani diuinique consultissimus fuerit; ipse à literis & Musis haud abhorrens. De eo Satyricus poeta cecinit.

Et spes & ratio studiorum in Cæsare tantum.
Solus enim tristes hac tempestate Camœnas
Respexit, &c.

Videantur Eginatius & Cuspinianus.

Ita Adrianus doctissimus princeps fuit. *Eginatius & Cuspinianus.*

Huc referre licet Marcum Antoninum Philosophum, Alexandrum, & alios.

Omnium autem maxime laude illi digni sunt, qui in diuinis literis eruditi, & tales fuere, vt ortis contentionibus de religione synodos indicere, & illis interesse, ac suo loco præesse quoq; potuerint. Inter quos principem locum tenet Constantinus Magnus. De Theodosio autem Iuniore refertur, quod omnes in diuinis literis superauerit.

Hæc prima causa est, cur Imperator omnia iura in scrinio pectoris sui habere dicatur: quia talem Imperatorem per se esse decet.

Sed quia DEVS opt. Max. varie bona sua dispensat: & proinde non omnes Impp. semper eruditi fuere: Ideoque altera caussa, cur Imp. in iure plenus philosophiæ, & omnia iura in scrinio pectoris habere dicatur, curiam respicit. Quia in Imperatoris aula præstantissimos & eruditissimos totius mundi viros esse decet, omnium facultatum, per quorum ora loquatur religiosissimus princeps. *Ita declarant hic Cyn. Alberic. Ang. Castrens. Alex. Ias. Tiraquel. de nobilit. cap. 20. num. 41.* Et pulchre hunc textum *Bald.* summat: Testamentum, inquit, factum coram principe, est eo ipso solenne: potest tamen mutari. Et si negetur, principem fuisse præsentem, ad principis probandam sententiam duo testes sufficiunt. Æquiparatur ergo princeps actis & testibus solenniter habitis, & plus etiam operatur: quia tale testamentum Prætoris adminiculo nunquam eget. Nam vbi est Princeps, ibi non solum homines adstant: sed tota illa legalis Philosophia concurrit, ad testimonium perhibendum.

Hinc videmus Impp. semper præstantissimis viris in consiliis suis vsos esse.

Adrianus habuit in consilio Iulium Celsum, Saluium Iulianum & Neratium Priscum.

Antoninus Pius vsus est Vlpiano, Marcello, Iaboleno, Volusio, aliisque iuris peritissimis.

Marcus Antoninus cum fratre in consilio habuerunt Scæuolam, &c.

Et licet præstet Imperatorem per se eruditum esse: tamen & illos, qui aliorum salutaribus consiliis rempublicam administrarunt, non minus orbi ac priores illos profuisse, ac proinde omni laude dignissimos esse nemo dubitet. Regulariter etiam princeps ponderosa facere non debet sine consilio. *Io. Bolognet. l. fin. num. 19. supr. de pact.*

Illi demum reprehensionem merentur, qui nec eruditi fuere, neque aliorum probatis consiliis vsi sunt. Et de hisce tribus gradibus Hesiodi elegantes versus recitabo, quos in Ethicis suis ad Nicomachum habet Aristoteles *lib. 1.*

Optimus est, sese qui nouit cuncta magistro,
Spectans quæ post, quæ semper prodesse valebunt.
Ille etiam bonus est, audit qui recta monentem.
At cui consilium desit, non vultque monenti
Auscultare alii, demum vir inutilis est is.

Eodem sensu Pontifex omnia iura in scrinio pectoris sui habere dicitur. *c. 1. de constitut. in 6. Arnald. Albertin. de agnoscend. assert. hæret. q. 9. nu. 21.* Plerunq; enim Pontifices Iureconsultos totius Europæ præstantissimos secum habuerunt. Hinc Bullis Papalibus testes non adscribuntur. Ego autem vidi priuilegia Cæsarum, quæ haberent testes: Vidi quæ non haberent. Ergo Papa est Doctor vtriusq; iuris, authoritate scilicet, non scientia. *Ias. h. num. 3.* Quia multi Pontifices adeo eruditi non fuere, vt Grammatica præcepta tenerent. *Iuell. contra Harding. art. 4. sectione 19.*

Tertiam rationem huius decisionis adfert *Alberic. h. num. 1.* Imperator habet omnia iura in scrinio pectoris quo ad interpretationem, suppletionem, & correctionem iuris. *l. 1. supr. ll. ita etiam loquitur d. c. 1.* item, quo ad hoc, vt si rescriptum concesserit, vel aliud fecerit, non videatur per errorem iuris facere, licet interdum & Papa atque Cæsar in iure errent. *l. 3. §. fin. cum gloss. ff. sup. legat.*

Iam cogitetur, quanta sit optimarum disciplinarum & artium, & cum primis iuris nostri præstantia. Nam qui ita se eruditum ostendit, vt Cæsaris lateri tanquam consiliarius adhibeatur, ille vere nobilis est. *text. est hic. & in l. quisquis. inf. ad l. Iul. Maiest. allegant in id DD. nostri etiam textum leg. vnic. C. præpos. labor. lib. 12.* Vbi Honorius & Theodosius sic rescribunt: *Qui præpositi laborum nostro iudicio promouentur, clarissimi sint: ita vt ex consularibus habeantur. Nam & immunitate digni sunt, quos nostri lateris comitatus illustrat.* Pro cuius textus intelligentia videatur *Cuiac. ibi, & Eusebius in historia Ecclesiastica, in vita Constantini Magni lib. 1. cap. 20. vsque 26. Niceph. lib. 7. cap. 29. Cuspinianus in Constantino Magno fol. 115. statim in princip. ante num. in editione Basiliensi, & Iacob. Menoch. de arbit. iud. lib. 2. cent. 1. casu 68. numer. 36. Iuell. cont. Harding. art. 14. section. 3.* Legendum ergo labarorum non laborum. De hoc meminit *Prudent. ad Symmachum in editione Basiliensi Anno 62. fol. 376.*

CHRISTVS purpureum gemmanti textus in auro,
Signabat labarum: Clypeorum insignia CHRISTVS
Scripserat, &c.

Dein-

Deinde quid maius, quid gloriosius de præstantibus Iurisconsultis dici potest, quam quod hic habetur, totum videlicet ius in scriniis Imperatoris esse, propter eos videlicet, qui ipsius consilio intersunt: per illos loquuntur Cæsares, Reges, per illos rempublicam administrant.

Hoc est, quod Imperator dixit *in §. fin. in proœm. Instit.* vbi Candidatos iuris magno animo ad capessendum nobile illud studium exuscitare & accendere voluit. Summa (inquiens) ope & alacri studio has leges nostras accipite, & vos ita eruditos ostendite, vt spes nos pulcherrime foueat, toto legitimo opere perfecto, posse rempublicam nostram in partibus eis nobis credendis gubernari.

Discant ergo nobiles iura, vt duplici fruantur nobilitate, maiorum & propria. Discant alii, vt cum Cicerone contra Salustium dicere possint: Ego meis maioribus præluxi, vt si antea ignobiles fuerint, à me nobilitatis suæ capiant initium.

Nec sane illud.

6 Ampliatio hæc est ad regulam textus nostri, qua statuitur valere testamentum, etsi nihil ad preces testatoris Imp. rescripserit: cui ratio decidendi ex natura repugnantium subiicitur. Quum enim omnis vltima voluntas vsq; ad mortem testatoris ambulatoria sit, etiamsi apud Cæsarem ordinata fuerit: Ideo Cæsar ad eiusmodi preces nihil rescribit, ne per eius iussionem inhibitum videatur commutationis arbitrium.

Colligunt autem aliqui ex hoc textu, priuilegio principis testamentum semel conditum, immutabile fieri posse.

Nam etsi aliud sit videri, *b* & aliud esse: *l. scriniarios. 16. supr. testam. milit.* & proinde textum aliqui sic intelligant: quod Imp. ad testamenta non rescribat, ne videatur inhibitum commutationis arbitrium: id est, ne detur occasio dubitandi hac de re: Tamen aliis illa sententia magis probatur, quod verbum (videatur) rei veritatem hic significet: vt sensus sit, per rescriptum tolli commutationis arbitrium, idq; eam ob causam, quod legislatori non conueniat dubitationem ponere sine decisione. Ita *Iason h. num. 5. quem sequitur Couarr. ad rubr. part. 2. num. 3. 6. 7. extr. eod. tit.*

b Impp. sæpe phrasi vtuntur in hoc textu pro veritate.

Contrarium autem tenet *Salyc. h. num. 2. ibi additio, quæ alios in id allegat.* Quæ sententia receptior atque verior est.

Tum (1) quod impossibile sit, *c* testamentum vt testamentum cōstringi posse: quia si constringi posset, iam testamentum aut vltima voluntas non esset. *Zas. in l. stipulatio hoc modo. num. 11. ff. de verb. oblig.* & hoc etiam textus noster in *vers. quum hoc ipsum, &c.* voluit.

Tum (2) quod interpretes hic, & post eos *Ias. loco relat.* diserte concludant, si statuentes per se, sine superioris authoritate statuere queant, statuta libere reuocari posse, etiamsi à superiore confirmata sint. *d*

Neque ratio Iasonis obstat. Simplicissima enim textus sententia est, Imp. hic à natura repugnantium argumentari: quod iussionis aut rescripti & testamenti natura non cohæreant, sed repugnantia sint: quum testamentum vt testamentum vsq; ad vltimum testatoris halitum mutabile sit: Iussionis autem Imperialis aut rescripti virtus eo spectet, vt actus reddatur firmus & inuariabilis.

c Si figura non habet tres angulos, trigonus nō est. Impossibile est, duas contradictorias propositiones simul veras esse. Id est, actū aliquem testamentum & non testamentum, aut vt apertius dicam, dispositionem ambulatoriam & nō ambulatoriam esse.

d Atqui hæc eadem doctrina ad testamenta pertinet.

Ne quid sane prætermisisse credamur.

7 Secunda ampliatio ad regulam *text. h.* proponitur. Testatur autem *Ias. num. 14.* huius versus sensum obscurum esse. 1. Nam aliquibus visum est, eam textus sententiam esse: quod hoc casu non competat bonorum possessio de iure prætorio: quum iure ciuili aditio hæreditatis sufficiat. Hic recipi non potest, quando hoc pacto minus faueretur hæredi instituto in

testamento apud Imperatorem condito, quam aliis. Et fallitur *Iaſ.* dum hanc expoſitionem literę textus ſatis congruere putat. Quin potius aperte hæc lectura cum textu pugnat. Nam Imperator huiuſmodi ſucceſſoribus omnia, quæ ſcriptis hæredibus competunt, tribuit. 2. At Raphael Fulgoſius exiſtimat, etſi alias ad bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas requiratur, quod interuenerint ſeptem teſtium ſigna: *l. cum tabula 7. ff. bon. poſſeſſ. ſecund. tabul l. quod vulgo. 19. ff. bon. poſſeſſ. cont. tab.* tamen & hoc caſu competituram bonor. poſſeſſ.

Porro quum Imperator diſerte ſtatuerit, inſtitutis apud Imperatorem omnia *e* competere, quæ alias ſcriptis hæredibus iure tributa ſunt: inaniter redundantia reliqua textus verba eſſent, ſi vltra tam amplam & claram diſpoſitionem ſequētibus verbis Impp. hæredi bon. poſſeſſ. tribuere, & nil aliud ſtatuere voluiſſent. Deinde huic ſententiæ illa verba aperte refragantur: quod pro hærede agere cunctis ſufficiat, & ius omne ipſa complere aditio videatur, quibus non modo nulla bon. poſſeſſ. tributa, ſed potius tanquam non neceſſaria & ſuperuacanea excluſa eſt.

e Si omnia competũt, ergo & bonor. poſſeſſ. Quid ergo opus fuit, vt vltra tam claram diſpoſitionem, poſtea in ſpecie ageretur de poſſeſſione.

3. Quare *Richard. Malumbr. & Cyn. Alberic. & Paul. de Caſtro* aliter hunc verſ. accipiunt. Conſtat (inquit ille) regulam eſſe, quando teſtamentum de rigore iuris non valet, ſed ſuſtinetur ſolum de ęquitate & diſpenſatiue, quod hæres non poſſit ſuccedere de iure ciuili, sed tantum admittatur iure prætorio per bon. poſſ. quum Prætor æquitatem ſequatur. *l. f poſthumus. 12. in princ. ff. in iuſt. rupt. teſtam.* At Impp. hic volunt, quod etiam in hoc caſu adiri poſſit de iure ciuili hæreditas. Et hunc intellectum *Alex. h. numer. 9.* ſubtilem, & *Iaſ. num. 14.* magis communem eſſe, & minus abſurditatis habere dicit, atque ſequitur.

f Videnda quæ dixi ad regulam: quod liberi inſtituendi aut exhæredandi ſint, *fallent.* 24. 25.

Verum defendi non poteſt. Neque enim in hoc textu teſtamentum ex æquitate aut diſpenſatiue, ſed ſecundum iuris rigorem valet: quum omnium teſtamentorum ſolennitatem ea diſpoſitio, quæ apud Imp conficitur, ſuperet. quod Impp. hic per argumentum *g* à fortiori probant.

g Si teſtamentũ (inquit Imp.) valet coram 7. priuatis hominibus: cur non multo magis valeat conditũ apud Imp. vbi tota philoſophia legalis teſtis adeſt.

4. Vltimam ergo expoſitionem tradit *gl. ſuper verb. teſtib.* quod videlicet hæredi apud Imp. inſtituto, nullo modo ſit neceſſaria bon. poſſ. vſq; adeo, vt & in illis caſibus, *h* in quibus ex teſtamento peti poteſt tantum bonor. poſſeſſ. nihilominus in noſtro caſu etiam iure ciuili hæreditas adiri poſſit. Quemadmodum enim huius teſtamenti ſolennitas omnium aliorum ſolennitatem ſuperat: ita & effectum pleniorem eius eſſe oportuit. Quare Impp. hic eiuſmodi ſucceſſores non modo aliis omnibus hæredibus inſtitutis, quo ad iuris beneficia æquiparant: ſed hoc etiam amplius addunt, quod nulla illis ſuper bon. poſſ. petitione controuerſia naſci debeat, quaſi ſcilicet bon. poſſ. neceſſaria ſit: quum in omnem euentum iure ciuili illis hæreditatem adire liceat. Et hanc ſententiam gloſſæ magis communem eſſe pronunciat, & ſequitur poſt alios *Alex. num. 9.* vbi & plurimum commendat, atq; gloſſam ſingularem, *i* imo ſingulariſſimam dicunt alii, vt per *Iaſ. hic nu. 16.* qui tamen ab hac ſententia recedit. Et omnes effectus huius teſtamenti cumulauit *Cyn. h. num. 5.*

h De illis ſupr. quædam monui Videatur *l. fin. ſupr. vnde cogn. Cyn. hic num. 5.*

i Quærunt DD. hic, ſi hæc ſententia retinenda ſit, vtrum etiam procedat in teſtamento tans. *Caſtrenſ. hic. ibi* facto apud acta. Receptior ſententia eſt, quod non: cum ſit caſus ſingularis, & à iure exorb. *Alexand. num. 9. Iaſ. num. 16.*

DD. hic multas vtiles quæſtiones diſputant.

1. De teſtamento Imperatoris.

2. De teſtamentis Dominorum, qui in caſtris ſuis merum & mixtum imperium & omnimodam iuriſdictionem habent. Dixi ſupra in materia teſtium, fallen. 14.

3. Vtrum

3. Vtrum testamentum in publico Parlamento factum valeat sine testibus?

4. Vtrum testamentum valeat apud principem factum; licet prius habeat clausulam derogatoriam, & de ea non fiat mentio in posteriori.

5. Vtrum libellus apud principem editus valeat sine conclusione, quum eius præsentia omnem solennitatem suppleat. Videatur *Ang. h. num. 1. Alex. num. 7. vsque ad fin. Ias. num. 12.*

L. nolumus. 20.

1 *Glossæ & Bartoli intellectus ad textum nostrum reprobatus.*
2 *Vera textus sententia.*
Lucra testamentorum ad Cæsarem spectantia, sincerissima esse conuenit.
3 *Imperator, vbi adsunt venientes ab intestato, ex testamento coram testibus facto, nihil capit.*

1 Quum ex imperfecto testamento Imp. hæreditatem capere nequeat. *l. ex imperfecto. 3. supr. eod.* § *fin Institut quib. mod. testam. infirm.* consequens modis omnibus est, eiusmodi testamento imperfecto prius solenne nequaquam tolli. quæ plane indubia sunt, maxime si non ipse Imp. sed alii potentes posteriore testamento hęredes nuncupati esse dicantur. vt hic textus *ad fin.* loquitur.

Quare non satis dextre *gloss. & Bart.* hunc textum ita exaudiunt, quasi Impp. constituere voluerint, prius testamentum solenne in scriptis haudquaquam tolli per posterius *k* non solenne, in quo aut Imp. aut alii potentes instituti dicantur. Hæc enim sententia per se certissima, nullam probabilem dubitandi rationem admittit.

2 Alium ergo legis sensum esse, ambigere nō debemus: quod videlicet *l* testamentum in scriptis solenniter confectum, nequaquam tollatur per subsequens testamentum nuncupatiuum, in quo Imp. aut alii potentes hæredes instituti perhibeantur, etsi illud solenniter confectum sit. Estq; hic casus specialis. Animaduertebant enim Imperatores, quosdam ex veteribus principibus alienas hæreditates quocunque prætextu occupasse: idque odiosum fuisse populo, quemadmodum in Domiciano Suetonius inquit: confiscabantur alienissimæ hæreditates, etiam vnico tantum existente teste, qui principem hæredem esse institutum diceret. Quum autem ab huiusmodi rapacitate & odiosis lucris optimi principes vehementer abhorrerent, sanctissime constituerunt, non aliter se lucra testamentorum amplexuros, nisi omnia sincerissima *m* forent: & ab illis dispositionibus falsitas, & omnis simul falsitatis suspicio procul abesset. At negari non potest, si primum aliquis solenniter in scriptis testatus, hæredem fecerit: rem omni scrupulo suspicionis non carituram, quando deinde nullo scripto, sed sola voce Imp. vel alius, qui metum & terrorem potentia incutere queat, institutus perhibeatur. Nam in testamento nuncupatiuo facilime reperiri possunt testes, qui mentiantur fauore, vel metu principis, aut alterius hominis potentis. Atque ita textum hunc intelligunt *Iacob. de Aren. Petr. Richard. de Malumbr. Nicol. de Matarel. Oldrad. Cyn. Salyc. Castrensis, Alex. Ias. & omnes alii, vt testati sunt Alex. & Ias. hic.*

k Si testamentū imperfectum ratione solēnitatis nullum est, quis quærat, vtrum illud prius testamētum solenne tollat, id est, quo ad institutionē? Et quidem si alius quā Imp. in postremo testamento institutus intelligatur, nulla ratio dubitādi ádferri potest. Textus autem in dubiis casibus accipimus. *l. Domicius. ff. eod.*

l Testamentum prius tollitur per posterius, etsi primum sit solenne in scriptis, posterius nuncupatiuum.

Fallit, si in secundo nūcupatiuo Imperator hæres scriptus dicatur.

m Ratio dubitandi, 1. testamentum prius tollitur per posterius. 2. Disposita de testamento in scriptis pertinēt ad nuncupatiuum. *l. fin. supr. bon. possess. secund. tab.*

Contrarium deciditur.

Ea quæ ad Cæsarem spectant, non modo sincerissima esse oportet, vt de testamentis dicitur in *l. fin. C. fideicomm.* sed etiam omni suspicione & calumnia vacare debent.

Ita C. Iul. Cæsar, vxore Pompeia, ob Publ. Clodium muliebri habitu in sacris Bonæ Deę deprehensum, famosa abdicata, in Clodium, qui ob id causam dicebat, testis productus, nihil dixit sibi de vxore compertum. Quærente accusato, cur ergo diduxisset cum vxore matrimonium? Cæsaris, inquit, coniugem etiam calumnia vacare oportet. *Plutarchus in Apophthegmatis.* Hinc illa vitæ regula: Nobis bona conscientia opus esse propter DEVM, bona fama propter proximum. Non satis est, te innocenter viuere, nisi & ita viuas, vt tua culpa sinistris suspicionibus non inuoluaris. Magnus enim suspicionum, magnus famæ & infamiæ in iure effectus est.

Amplia notabiliter hunc textum. Nam licet nullum præcedat testamentum, sed adsint venientes ab intestato, habebit locum præcitata decisio, vt princeps vel potentiores non admittantur ex testamento coram testibus facto sine scriptis. Ita est textus *hic, ibi*, nemo itaq; relictus hæres, vel legibus ad successionem vocatus. Ita tenent *Iacob. de Aren. Cyn. Richard. de Malumb. Raph. Fulgos. Paul. de Castro & Ias. hic.* Et licet *Bald. Salyc. & Alex.* dissentiant, & *Ias.* etiam aliquantulum fluctuet: hanc ob causam, quod limitatio hæc *l. cum hæredes. 7. supr. tit. 1. & l. non dubium. 16. supra eodem.* generaliter loquentes nimium restringere *n* videatur: proculdubio tamen verissima est, clarissimis scilic. verbis textus nostri hic, & oratione Diui Pertinacis nitens. Is enim clarissime expressit, se ex nuda voce hæredis nomen non admissurum. *d. §. fin. Institut. quibus mod. testam. infirm.* id est, nuncupatione, vt *ibi textum dn. Hotom.* explicat. 3

n Imperator & Augusta in testamentis ius commune cum aliis habent. Hoc ius restringitur in textu hic. Nã testamentum nuncupatiuum posterius, in quo Cæsar scriptus hæres est, non tollit prius testamentum in scriptis factum. Iam inquiunt Bald. Salyc. Alex. si etiam venientes ab intestato sine omni testamento obstarent Cæsari, quo minus ipsius Maiestas per nuncupationem institui posset, nimium restringerentur prædicta iura.

1. Restrictio esset, quod nullum testamentum nuncupatiuum fieri posset, in quo Cæsar scriberetur, extante alio testamento in scriptis.

2. esset, quod Cæsar in nullo testamento nuncupatiuo institui posset, extantibus legitimis. Et sic causa intestati tolleret causam testati.

Limita autem textum 1. vt per *Bald. hic num. 1.* si producatur instrumentum, in quo Imperator hæres scriptus dicitur.

Limita 2. in pia causa. *Ias. hic.*

L. hac consultissima. in princ.

1 *Declaratio textus remiss. ue.*

De substantialibus testamenti clausi hic disseritur, de quibus satis superque in præcedentibus dictum.

§. ex imperfecto: cum Auth. quod sine.

1 *Sedes ordinaria de parentum dispositionibus inter liberos.*

2 *Iuris historiam, circa textus de testamentis parentum disponentes, qui exposuerint.*

3 *Dispositio patris, quæ neque vt testamentum, neque vt codicillus, neque vt epistola solennis valere potest, vt diuisio ab intestato sustinetur.*

Sententia l. filii. & l. fin. C. famil. herciscund.

Si scriptus hæres iubeatur esse contentus certa parte, fideicommissum inducitur.

Vis liciti ardoris in patre enixam voluntatem ostendit, & clausulam codicillarem operatur.

4 *Dispositio patris* in d. l. filii. & d. l. fin. *neque testamentaria, neque intestamentaria prorsus est: sed mediam quandam rationem obtinet.*

5 *An in casu horum iurium duplex quarta deducatur.*

L. 3. ff. iur. codicill. *sensus.*

Decisio d. l. filii. & d. l. fin. *in casu exhæredationis aut præteritionis locum non habet: & num. 13.*

6 *Textus* d. l. filii. & d. l. fin. *primum ius continent circa testamenta paterna.*

Secundum ius fuit constitutio Theodosii & Valentiniani in d. §. ex imperfecto.

Textus §. ex imperfecto. *ampliat legem Constantini, vt etiam in parentibus fœminis procedat.*

7 *Textus* §. ex imperfecto. *introduxit, vt minus solennis volũtas patris vt testamentũ valeat, ex communi DD. sententia.*

8 *Textus* §. ex imperfecto. *loquitur in testamẽto in scriptis & nuncupatiuo, ex communi DD. sententia.*

9 *Tertium ius est Iustiniani* in §. & quod sæpe. in Auth. de trient. & semiss. & in Auth. si modo. C. famil. hercisc.

10 *Aliud est testari, aliud diuidere.*

11 *Quæ requirantur ad hoc, vt voluntas patris tanquam diuisio inter liberos valeat.*

12 *Dispositio testatoris semper valet in forma potentiori.*

13 *In testamento paterno in scriptis forma.* §. quod sæpe. in Auth. de trient. & semiss. *in nuncupatiuo autem duo testes sunt necessarii, & num. 16.*

Qui

Testamentum paternum imperfectum tollit prius solenniter confectum.

46 *In testamento paterno minus solenni non potest fieri exhæredatio.*

In testamento paterno tutor datur.

47 *Nutu testamentum patris non conficitur.*

48 *Non idem sigillum patris valet, quod eius manus.*

49 *Liberi qui inter parentes testantur, non habent priuilegia parentum.*

Pater vsurarius, non habet priuilegium legis nostræ.

Pater inter liberos naturales, non habet priuilegium legis nostræ.

50 *Quæ sint necessaria ad testamentum paternum nuncupatiuum.*

Cum hoc §. iungenda est *l. filii.16.l. fin. cum Auth. si modo supr. famil. herciscun.* quæ desumpta est ex § *quod sæpe.in Auth.de trient & sem.ff. Auth. quod sine.hic.* quæ habetur in §. *1.in Auth.de testam.imperf.* Quibus locis de parentum inter liberos minus solenni testamento & dispositione agitur. 1

Quum autem horum textuum, qui in praxi sæpissime occurrunt, cognitio valde necessaria & vtilis sit: pauca quædam maioris perspicuitatis causa, materiæ huic præmittenda erunt.

Et primo quidem iuris historia cognoscenda, quam circa præcitatos textus, post *Iacob. de Beluiso, & Iacob. de Reuen. Cyn.in d. Auth. quod sine.nu.2. ibi Ang. num.3. Alberic.num.1. Ang.in l. filio præterito.ff.iniust.testament. Idem Ang in d.l.fin.sup famil.herciſc. Alberic. de Rosat.h.in d.§.ex imperfecto.ibi Marc. Ant. Natta num.29.& Menoch remed.4.adipiscend.num.314. Hotoman.cons.55. num.1. & seq. & num.7.* sed non omnes dextre exposuerunt, vt non immerito *Castrens. d. Auth. quod sine. num.2. prope fin.* scriptum reliquerit, doctrinam hanc per glossas & DD. male esse declaratam. 2

Ergo notandum, si pater ita suam disposuisset voluntatem, vt ea neque vt testamentum solenne, neque vt codicillus, aut epistola solemnis iure valere posset: Ex *o* constitutione tamen Diocletiani & Maximiani *in d.l. filii.16. supr famil. herciſc.* quam & Constantinus Magnus probauit *in d.l.fin.* p *C eod.* ab intestato vt diuisionem, saluo Senatusconsulto Trebelliano, custodiendam fuisse. addatur *l. parentibus.8. supr. inoff. testament. l. cogitatione.21. supr. famil. herciſc.* Sicut enim isto casu, *q* quando vel hæres in vniuersa hæreditate, aut certa quota scriptus, vel ab intestato veniens, certa aliqua & minori parte vel summa contentus esse iubetur, tacitum fideicommissum inducitur: ita quidem vt in residuo de restituendo rogatus esse intelligatur: Vt proinde Senatusc. Trebelliano locus sit: *l. peto.71.ff. legat.1.l. quoties 10. supr famil herciſ. Alberic.in d.l. filii. ibi Salyc.num.5.* Ita & vis liciti amoris *r* in patre enixam voluntatem ostendit, & clausulam codicillarem operatur. Vt proinde hic tacitum fideicommissum inducatur. *d. l.filii.ibi gl. verb. ex senatus consulto. & Alber. atque Salyc. d.l. fin. Zunt. in respon. pro vxore, num.568. Grass §. testamentum.quæst.11.num 10.vers. hoc tamen.* Quibus addantur, quæ dixi supra ad regulam: Quod liberi instituendi vel exhæredandi sint, fallen. 14. 3

o *Ang.d.l. fi. num.1.* Iure antiquo, inquit, si parêtes inter liberos minus solenniter testari non poterant. *l. institutio talis. ff. hæred. instit. l. Diui fratres ff. iure codicill. l. 2. ff. cõfir tut.* Postea Constantinus statuit, vt parentes inter liberos, per lineam masculinã descendentes, suos vel emancipatos, possent vltimam voluntatem condere minus solennem tam in scriptis, quam nuncupatiuam, quæ obseruãda sit quibuscunq; verbis, vel indiciis probetur, vt Voluntas intestati. Hæc ille.

p Textus dicunt iudicem aditum familiæ herciscundæ iudicio dispositionem patris obseruare debere, saluo Senatusconsulti Trebelliani beneficio, id est, si alicui minus portione sua in diuisione esset assignatum.

q Quod potest dispositio testatoris expressa, volentis hæredem certa portione contentum esse: Idem operatur voluntas patris enixa, aut vis liciti ardoris.

Sed si ego iussero hæredem scriptum certa rata esse contentum, inducetur fideicomm.

Ergo idem potest voluntas patris & vis ardoris liciti.

r Vis liciti ardoris inducit clausulam codicillarem, dixi supra ad definitionem testamenti. verb. *iusta. versic.quarto hinc infertur.* Et in materia testium, ad regulam, quod 7. testes in testamento necessarii. *fall. 8.* atque ad *l. nondubium. sup. eod.* Hinc est, quod in omni dispositione paterna inest clausula codicillaris.

Minime autem ex præcitatis legibus succedebatur, vt ex testamento, quemadmodum *glossa* sentire videtur, *in d. l. filii. ibi Bald. numer.5. Salyc. numer.3. & 4.* neque vt ab intestato simpliciter: etsi hoc vterq; textus dicere videa- 4

videatur: quod & post *Iacob.de Rauen. Cyn.d. Auth.quod sine.num.2. ibi Alberic.num.1. Angel.num.3. Castrens.d.l.filii num.3.4. Menoch.d.remed.4.nu.314. vers.prima fuit. Cuiac.Nouell.18.vers.quarta pars.* docuere. Nam si intestamentaria prorsus hæc successio foret: omnia ad causam intestati ita reducerentur, vt euersa patris dispositione funditus, omnes liberi æqualiter succederent. Fuit ergo hæc media quædam via, quæ propter defectum solennium testamentum quidem non esset: sed neque ad intestamentariam successionem simpliciter referri posset: vtpote dispositiua, non permissiua tantum voluntate testatoris nitens: quod ad §. *fin.* huius legis nostræ declarant *DD.ibi Alex.num.9.*

5 Guilhelmus de Cumo voluit in casu horum textuum duplicem quartam deducendam, legitimam & Trebellianicam.

Motus fuit hac ratione, vt ostendit *Salycet. d.l. filii. num.5.* Quia hæc iura diserte dicunt de Senatusconsulto, id est, Trebelliano. Voluit ergo eam deduci posse ab eo, qui partem suam non accepisset. At Trebellianica (dixit Cumæus) non potest excludere legitimam, iuræ naturæ debitam: quum æs alienum censeatur. *l. Papinianus. §. quoniam. ff. inoff. testament.*

Hanc sententiam *Bald. in d.l. filii.num.8.* dicit esse falsam.

Nam etsi grauatus sub conditione duas quartas deducat: aliud tamen esse in eo, qui pure sit grauatus.

Et ad obiectionem Cumæi respondet: filium deducere vnam & alteram quartam, quatenus in ea plus sit, quod plene notarint *Petr. & alii in l. filium quem. C. eod. tit. famil. hercifcun.*

Notetur etiam, quod *Angel.* scribit *in d.l. fin num.1.* Quum voluntas patris iure testamenti non valeret, sed vt ab intestato: proinde eam à filio præterito, aut exhæredato non impugnari, allegat *l.3. ff. iur. codicill.*

Ego arbitror, textum *l.3.* nil ad materiam exhæredationis aut præteritionis spectare: quum illis codicillis, de quibus *d.l.3.* agitur, omnes ab intestato venientes comprehendantur: alia autem ratio sit, vbi diserte pater liberos exclusit, vel ita præteriit, vt certum sit, illius voluntatem fuisse, vt illi excluderentur.

Nota, hos duos textus procedere extra casum exhæredationis & præteritionis. Vbi autem est præteritio vel exhæredatio, ibi horum iurium dispositio cessat.

Deinde hæc materia nostra, quando videlicet patris minus solenniter codicillantis vel testantis voluntas, vt diuisio ab intestato valet, nil commune habet cum materia exhæredationis & præteritionis.

Tum (1) quod *in d.l. filii.* casus inofficiosi testamenti, (id est, præteritionis & exhæredationis) clare distinctus sit à materia nostra.

Tum (2) quod textus *d.l. fin.* diserte exponat materiam harum duarum legum isto solo casu intelligendam, quando legum solennitas deficit. At quando loquimur de solennitate legum, id proprie intelligimus respectu numeri testium, non respectu præteritionis, vel exhæredationis: quia hæc inofficiositatem testamenti concernunt. Ita notat *Salyc. d.l. filii. num.3.*

Tum (3) quod minus solennes dispositiones fauore liberorum teneant, iuxta receptiorem DD. sententiam. Ergo ad odiosas materias exhæredationis & præteritionis non pertinent.

Ergo licet in hisce duobus textibus voluntas defuncti, vt diuisio & vt tacitum fideicommissum valeat: & quod huius consequens est, tali voluntati clausula codicillaris insit: Tamen id hactenus solummodo verum est, si extra casum præteritionis vel exhæredationis versemur. Nam vbi clara est testatoris voluntas, quod liberos exhæredatione vel præteritione excludere voluerit, clausula codicillaris (qua videlicet omnes vocati & de restituendo rogati intelliguntur) locum habere non potest. Quia clausula non operatur contra defuncti voluntatem. Necesse ergo est adesse testatoris voluntatem ad hoc, vt per clausulam codicillarem omnes ab intestato venientes vocati intelligantur. Ita loquitur *d.l.3. ff. iur. codicill.*

Ita hic etiam in duobus textibus clausula codicillaris subintelligitur: quia *in d.l. filii.* separatur materia exhæredationis & præteritionis à nostro casu: per quæ clarissimus harum legũ sensus elucet, quod Imperatores de tali facti specie loquantur, quando pater

 diuiden-

diuidendo omnes liberos complectitur, nullum exhæredat, nullum præterit. Nam, vt dixi, vbi certum est, patrem aliquem, vel aliquos per præteritionem vel exhæredationem excludere voluisse, ibi clausula codicillaris exclusa est, & per consequens materia harum legum cessat.

Dann das weren pugnantia, daß in casu præteritionis vel exhæredationis clausula codicillaris verstanden/ vnd also decisio præcitatarum legum statt haben solte.

Nam clausula codicillaris præsupponit ab intestato venientes vocatos & rogatos esse de restituendo, &c.

At qui aliquem exhæredat, vel præterit, ille non vult omnes vocare, sed potius excludere.

Dahero ist offenbar / quod ad hoc, vt decisio harum legum obtineat, omnino necessarium sit, vt pater diuidendo omnes liberos sit complexus, neminem excluserit.

Hoc primum ius fuit. Secunda constitutio est Theodosii & Valentiniani. hic *d. §. ex imperfecto.* qua primum ampliata fuit lex Constantini, vt etiam in parentibus, fœminis procedat, vt est textus expressus hic, *ibi DD. & Castr. num. 1.* & post *Iacob. de Rauen.* idem tradit *Cyn. d. Auth. quod sine numer. 2. ibi Alber. num. 1. Angel. num. 3. Angel. d. l. fin. num. 1.* Et hoc clare indicat Imp. Iustinianus *in princ. in Auth. de testam. imperfect.* 6

Deinde hic §. etiam declarauit legem Constantini. Nam quum antea dispositio patris, qui per testamentum, codicillum, aut epistolam solenniter non disposuisset, solummodo vt diuisio & voluntas intestati valeret: *d. l. filii. d. l. fin.* hac Constitutione Theodosii & Valentiniani introductum est, vt talis voluntas vt testamentum inter liberos valeret. *Cyn. post Iacob. de Rauen. d. Auth. quod sine num. 2. ibi Alberic. num. 1. Ang. num. 3.* id est, quando constat, patrem testari voluisse. s *Angel. d. l. fin. num. 1. Mant. de coniect. vlt. volun. lib. 6. tit. 2. num. 18. Hartm. Pist. q. 1. num. 14.* Et hanc communem DD. sententiam esse dicit *Ias. hic in d. §. ex imperfecto. num. 14. Menoch. d. remed. 4. num. 314. versic. secunda.* 7

s Diligenter hæc notāda. Inde enim deciditur quæstio: Vtrum hodie, quo ad voluntatem patris inter liberos, testamentum, codicillus, epistola differant, an non?

Contrarium tamen sensit *Ias. loco relato.*

Iason loco relato contendit, ex hoc §. non induci, quod patris imperfecta dispositio valeat vt testamentum. Mouetur hac ratione: quia (inquit) Imperator Iustinianus *in Auth. de testament. imperf.* vbi de lege Constantini, & de hac lege Theodosii mentionem facit, hoc tantum dicit: quod Theodosius legem Constantini ad fœminas quoque parentes extenderit: Quod autem porro induxerit, vt dispositio patris in terminis illius *leg. fin.* valere debeat vt testamentum, de eo verbum facit Imp. nullum, non omissurus illud, si eam legis Theodosianæ vim esse intellexisset. Ergo Iason vult hoc textu §. *ex imperfecto.* non esse introductum, quod patris dispositio valeat vt testamentum.

1. Argumentatur (vt apparet) Iason ab authoritate negatiue.

Quod ratiocinationis genus parum momenti habet.

2. *Auth quod sine.* quæ est lex relatiua, & ad textum hunc nostrum refertur, procul dubio de dispositione tali agit, quæ vt testamentum imperfectum inter liberos valet: Ergo eodem modo hic noster §. erit accipiendus. quum ibi tantum requisita statuantur testamenti imperfecti. Quod autem testamentum esset dispositio patris minus solennis: id ante illam Authenticam fuerat constitutum: ergo ex textu nostro.

Hæc ergo est prima difficultas, quam *Ias.* mouet ad textum nostrum h. De qua alia non addo: quum modicæ vtilitatis hæc disputatio sit. Hodie enim patris minus solennem dispositionem, vt testamentum valere constat. *d. Auth. quod sine.*

Altera excitatur per *Fulgosium*, quem sequitur *Salyc. h. numer. 7. Idem in Auth. quod sine. & in dict. leg. fin. numer. 2.* quod videlicet hic textus tantum loquatur de testamento in scriptis, non de nuncupatiuo. DD. autem communiter textum intelligunt de testamento nuncupatiuo, & in scriptis. Quod vtrumque coram duobus testibus fieri possit. 8

Nituntur

Nituntur *Fulgos. & Salyc.* duabus rationibus.

Prior hæc est: si loqueretur textus in testamento nuncupatiuo, & illud, quemadmodum DD. opinantur, coram duobus testibus fieri posset, sequeretur ex hoc textu maximum absurdum.

1. Ratio ab absurdo. Testamentum in scriptis, id est, cui manus patris deest, coram quatuor testibus nō valet. Ergo multo minus nuncupatiuum tenet coram duob. Quod concedendū esset, si hic textus loqueretur etiam de nuncupatiuo testamento.

Pone enim (inquiunt) patrem inter liberos fecisse testamentum in scriptis, cum subscriptione quatuor testium, id profecto non valeret, nisi manu patris scriptum, aut subscriptum foret.

Iam si hoc testamentum quatuor testibus munitum, eam saltem ob causam non valet, quod manus patris deest: multo minus nuncupatiuum testamentum coram duobus valebit: aut si valet nuncupatiuum coram duobus, hoc ius de testamento paterno absurdum erit, quod videlicet scriptum testamentum coram 4. testibus non admittat: quum nuncupatiuum cum duobus admittat.

I. Ad hanc rationem respondet *Alex. d. Auth. quod sine. num. 3.*

II. Respondeo, testamentum in scriptis coram quatuor testibus non valere cessante forma, id est, manu testatoris: At ea concurrente, valet etiam coram duobus, imo sine omni teste.

III. Respondendum, talem dispositionem valere vt nuncupatiuum testamentum, cæteris paribus. Nam etsi communis, *Clar. §. testamentum. q. 14. nu. 5.* imo magis communis DD. sententia sit, talem scripturam nil probare, ne quidem inter liberos: *Ias. d. Auth. quod sine. nu. 1.* Tamen quando testator se non adstrinxit ad formam testandi in scriptis, hæc voluntas vt testamentum nuncupatiuum, vtique sustinebitur inter liberos, si probari possit, voluntate testatoris scriptam, & quod testator coram duobus testibus declarauerit, eam suum testamentum esse. ita post *Bart. Alex. hic. d. §. ex imperfecto. num. 3. Ias. d. Auth. quod sine. num. 1. Hart. Pist. lib. 1. q. 1 num. 9. q. 2. num. 10.*

Secunda ratio probabilior esse videtur, & desumitur à continuatione textuum.

In *l. hac consultißima. in princip.* Impp. agunt tantum de testamento in scriptis; idque expeditum est. Iam in fine principii ita castigatior lectura habet: non subscriptum autem à testibus, ac non signatum testamentum, pro imperfecto (alii legunt & male pro infecto) haberi conuenit.

Et mox attexitur *§. ex imperfecto.* vbi dicitur: ex imperfecto testamento (id est quale iam descripserunt Impp.) non seruari voluntatem inter liberos. Vt proinde negari non possit, prorsus cohærere hunc §. cum principio textus, vbi agitur de testamento in scriptis. Denique & *Auth.* quæ ibi additur, *quod sine.* de testamento in scriptis agit. In §. autem demum subsequente, qui incipit, *per nuncupationem quoque.* Impp. de testamento nuncupatiuo constituunt.

Vsus autem disputationis huius magnus est. Nam si textus hic noster etiā ad testamenta nūcupatiua pertinet, sequitur, patrē non in scriptis modo, sed etiam nuda voce coram duob. inter liberos minus solenniter testari posse.

Fortificatur hæc obiectio: quia sicut principium textus *l. hac consultiß.* ad quod *§. ex imperfecto.* continuatur, de testamento in scriptis tantum agit: Ita & *l. fin. C. famil. hercisc.* quæ per *d. §. ex imperfecto.* iuxta promissa ampliata est, tantum de voluntate in scriptis agit, vt phrasis totius textus indicat.

Et ita textum *d. §. ex imperfecto. ad princip. d. l. hac consultißima.* continuatiue legunt non tantum *Fulgos. & Salyc.* sed & ante eos *Cyn. in d. §. ex imperfecto. ante num. & Cuiac. consil. 1.*

Hanc obiectionem *Alex. d. Auth. quod sine. num. 3.* dicit esse leuem, & nil respondet. Melius fecisset, si respondisset. Non enim leuis, sed difficilima obiectio est, cui, quantum ego scio, nullus ex interpretibus nostris respondit.

Ego oppono huic sententiæ primo, DD. communiter textum *d. l. fin.* recte intelligere de voluntate scripta & non scripta.

Nam textus ibi facit mentionem de testamento cœpto neque impleto, id est, quo ad solennia, & nequaquam diserte de voluntate scripta loquitur. Indistincte ergo & generaliter cum disponat, indistincte à nobis intelligatur.

At textus *d. §. ex imperfecto.* est ampliatio *ad d. l. fin.* Ergo ipse quoque de testamento in scriptis atque nuncupatiuo accipiendus erit: quum ampliatio in iisdem terminis, in quibus regula, loquatur.

Secundo (dato, quod textus *d. l. fin.* tantum in voluntate scripta loqueretur) addo: Etsi Imperator Iustinianus in *Auth.* de testamentis imperfectis, recte pronunciarit: Theodosium in hoc *§. ex imperfecto.* recitare ampliationem ad legem Constantini, id est, ad *d. l. fin. supr. famil. hercisc.* Tamen eum non negare, imo ne quidem negare potuisse, quia

quin eadem ampliatio ad legem quoque Diocletiani & Maximiani pertineat, id est, ad *d.l.filii.supr.eod.*

Nam illi textus diuellendi non sunt: quum idem thema tractent: vtrobique dicitur de patre tantum: 2. qui neque testatus, neque codicillatus sit solenniter. 3. cuius dispositionem valere Impp. aiunt, vt diuisionem ab intestato. 4. Saluo Senatusconsulti auxilio.

Vnum hic & idem factum, vnum ius est; vt proinde à DD. nostris hi textus merito coniungantur. Quis ergo dubitet, ampliationem in *d.§.ex imperfecto.* datam, ad vtrumque textum pertinere. At *d.l.filii.* non tantum de voluntate in scriptis, sed etiam de ea, quæ nuncupatione fit, disponit; quod apertissimum est. Vt proinde & ampliatio de vtroque testamento agat.

Regula enim & ampliatio de eadem materia sunt.

Et consentaneum est, quum lex Constantini iunior sit, & aliquantum specialior lege Diocletiani & Maximiani; Imperatorem Iustinum loco relato tantum de ea, vt pote de lege posteriori, qua prior illa continetur, mentionem facere voluisse. Quid enim opus fuit, omnes de eadem re editas leges ex ordine referre?

Iam si aut *d. l. fin.* de voluntate scripta aut non scripta agit: aut textus *d.§.ex imperfecto.* ad vtrumque textum refertur, (quorum neutrum recte negatur) res certa est, quod de vtroque testamento, tam nuncupatiuo, quam in scriptis intelligendus sit.

Non obstat argumentum de continuatione *d. l. hac consultißima.in princip.* cum *d.§. ex imperfecto.*

Testamentum imperfectum dicitur, quod septem testes habet, qui tamen non subscripserũt; aut subsignatunt.

Nam si stricte vrgere voluerimus illam continuationem, sequetur, testamentum imperfectum in hac materia nullo alio modo accipi posse, quam vt in fine principii *d. l.hac consultißima.* exemplum proponitur de testamento videlicet, cui testes quidem sunt adhibiti, qui tamen neque subscripserunt, neque subsignarunt. Quam sententiam tuetur Cuiacius, reclamantibus omnibus aliis iurium DD.

In §. *ex imperfecto.* est testamentũ imperfectũ. Ergo textus intelligendus de testamento ratione subsignationis aut subscriptionis imperfecto.

Respondeo: ex puris particularib. nihil sequi. Maior non est vniuersalis, neq; ad omnia testamenta imperfecta pertinet: sed agit de certa specie testamenti imperfecti. Generalius autem hic capitur.

Dico ergo, illam quidem speciem esse testamenti imperfecti: sed textum §. *ex imperfecto.* non de illa tantum specie, sed in genere de omni testamento ratione solennitatis imperfecto agere.

Est enim hic §. noster, vt dixi, ampliatio ad præcitatos duos textus *d.l.filii.& d.l.fin.* in quibus regula statuitur de testamento non tantum ratione defectus subscriptionis & subsignationis testium, sed in genere ratione solennitatis legum imperfecto.

Textus quidem *d. l. hac consultißima in fine principii.* occasionem præstitit Impp. vt de testamento imperfecto aliquid amplius statuerent *in d. §. ex imperfecto.* At hic §. profecto generalis & minime ad facti speciem *d. l. hac consultißima. in fine principii*, propositam restringendus est. Nam si textum eo restringere vellemus, non posset esse ampliatio ad *d l.filii & l.fin.* vbi regula de solennitate legum deficiente in genere statuitur.

Tertium ius est ipsius Iustiniani ad diuisionem pertinens, *in §. & quod sæpe. in Auth. de trient. & semiss.* quod habetur *in Auth. si modo. Cod. famil. herciscund.* & repetitum est ab eodem Imperatore Iustiniano, *in §. final. in Auth. de testam. imperf.* 9

1 Vult Imperator, vt aut parentes testamenta condant, aut si propter necessitates id facere nequeant, saltẽ faciant diuisionem, vt hic dicitur, vnde DD. recte colligũt, actum testandi a diuisione esse distinctũ. *Dn. Hartm. Pist. q.2. num.27.*

Quum enim diuisionibus parentum liberi sæpe in sæuiores contentiones adducerentur: quod aut non satis aperta esset patris sententia, aut nullam patris subscriptionem scriptura haberet: Hac occasione permotus Imperator constituit, si quis voluerit res filiis aut diuidere omnes, aut etiam aliquas forte relinquere præcipuas, vt hoc vel aperte dicat in testamento, & indubitatam det filiis voluntatem, aut si hoc non agat propter aliquas necessitates, 1 descriptionem faciat rerum, quas partiri voluerit, cui vel ipse pater manu propria, vel omnes liberi, inter quos diuisio fit, subscribant.

Et quum præcitata iura de diuisione loquantur, proinde cum illis textibus, qui de testamento paterno agunt, permiscenda non sunt, vt est textus *in princip. in Auth. de testam. imperf.* ex qua desumpta est *Auth. quod sine. hoc tit.* Aliud enim est testari, aliud diuidere. *Cyn. post Iacob. de Rauenn. in d.* 10

in d. Auth. quod fine. num. 2. ibi Alberic. num. 1. Hartman. Pistor. lib. 1. quæst. 2. num. 20.

11 Porro ad hoc, vt voluntas patris tanquam diuisio inter liberos valeat, requiritur I. vt dispositio sit perfecta ratione voluntatis, quod infra circa substantialia testamenti paterni (Deo volente) exponetur.

II. Necessarium est, vt diuisio fiat inter liberos legitimos & naturales simul, aut legitimatos. De legitimis aut naturalibus quid sit, infr. eodem loco (D. V.) videbitur.

12 III. Constitutiones præcitatæ, Diocletiani videlicet & Maximiani atque Theodosii *in d. l. filii. & d. l. fin.* requirunt, vt patris iudicium tam circa testamentum, quam etiam circa epistolam atque codicillum deficiat. Nihil enim diuisionis minus solenni voluntate opus est, vbi pater solenniter per testamentum, epistolam, aut codicillum, iudicium supremum constituit. Quinimo quum hodie patri inter liberos tam nuncupatiue quam in scriptis minus solenniter testari liceat: vbi patrem etiam minus solenniter inter liberos testatum esse constat, diuisio cessabit. *arg.* u *d. l. filii. & d. l. fin.*

IV. Requiritur, vt, si in scriptis diuisionem parentes facere volunt, formam §. *quod sæpe. in Auth. de trient. & semiss. & iurium concordantium* * obseruent. *Clar. §. testamentum. qu. 14. nu. 5. vers. item quæro. Graff. §. testamentum. qu. 16. num 9. vers. tertius casus. Hotom. cons. 54. num. 2. cons. 55. num. 1. & seqq. cons. 57. num. 15.* At si sine scriptis diuidere velint, necessarium est, vt duo testes adsint. Ita post *Iacob. de Rauen.* sensit *Cyn. d. Auth. quod sine. num. 2. ibi Alber. num. 1.*

Tum (1) quod eodem modo testamentum paternum per nuncupationem minus solenniter confectum probetur. vt omnes DD. maximo consensu in *d. l. fin.* docuerunt. Vt proinde de diuisione tanto minus dubitandum sit.

Tum (2) quod *Auth. si modo.* determinet textum *d. l. fin.* in illo membro, vbi agitur de iudicio facto in scriptis minus solenniter. In dispositione autem non scripta remanet lex illa incorrecta. † Ita ibi sensere *Odofred. Alberic. & Angel. num. 1. Cyn. d. Auth. si modo.*

13 V. Necessarium est, vt pater inter x omnes liberos fecerit diuisionem, nullum prætericrit, aut exhæredauerit. *Hotoman. consil. 54. num. 3. consil. 57. per tot.*

u Textus illi hoc volũt, iudicium patris subsistere vt diuisionem, si vt testamentum, epistola, codicillus defendi nequeat. At vbi ita valere posset, profecto vt diuisio nõ valet, quãdo actus semper in nobiliori & potentiori forma valet.

* Id est, *Auth. si modo. & §. fin. in Auth. de testam. imperf.*

† Ergo sufficiunt duo testes. Omnes enim interpretes maximo consensu statuunt, in terminis *d. l. filii. & d. l. fin.* duos testes sufficere.

x Diligenter hoc requisitum notetur. Ex eo enim solennis quæstio deciditur: vtrum testamentum, in quo liberi præteriti sunt, clausulam codicillarem in se habeat? Id est, vtrum valeat vt voluntas intestati, aut vt diuisio. Vide quæ dixi in materia testamentorum ad regulam: Quod liberi instituendi vel exhæredandi. fall. 14. Verum quidem est, exhæredationes non nisi in testamento fieri posse. At si facta sit dispositio, non quidem vt diuisio valet.

Tum (1) quod in *d. l. filii.* casus inofficiosi testamenti, id est, (vt glossa ibi textum exponit) præteritionis & exhæredationis clare distinctus sit à materia nostra. Quibus textibus addatur *l. cum quidam. 15. inf. liber. & posthum. l. si à primo. 8. l. si posthumus. 13. ff. eod.*

Tum (2.) quod textus *d. l. fin.* diserte dicat, ea quæ de diuisione hac nostra traduntur, intelligenda, quando legum solennitas deficit. At solennitatem legum proprie intelligimus respectu numeri testium, non respectu præteritionis, quæ inofficiositatem concernit. *Salyc. d. l. filii. num. 3.*

Tum (3) quod minus solennes voluntates parentum, liberorum fauore in iure sustineantur. Vt proinde cum præteritionibus & exhæredationibus odiosis nihil commune habere possint, vt paulo post D. V. secundo præmisso dicetur.

Tum

Tum (4) quod in casu harum duarum legum tacitum fideicommissum inducatur, & clausula codicillaris subintelligatur, iuxta prædicta. At clausulæ ea vis est, vt ab intestato venientes vocati intelligantur: quum qui excludit, vtiq; vocare nolit.

Quartum deniq; ius eiusdem est Iustiniani *in §. 1. Auth. de testam. imperf.* 14
quod habetur *in d. Auth. quod sine.* Quum enim ex lege Constantini dispositio patris quibuscunq; verbis, vel indiciis inueniretur relicta, vt diuisio omnino subsisteret: & Theodosius postea eiusmodi minus solennem voluntatem, nullâ alia cautione adhibita, vt testamentum inter liberos, secundum communem DD. expositionem, valere constituisset: Iustinianus probationis incertitudinem, quam, vtpote multarum contentionum atq; falsitatum causam in diuisione in scriptis facta, iam antea immutauerat: in testamento multo minus inemendatam relinquere voluit. Constituit ergo, si pater, mediante scriptura, testari velit, qua forma id facere debeat: *Cyn. post Iacob. de Rauen. d. Auth. quod sine. num. 2. refert ibi Alber. nu. 1. Menoch. d. remedio 4. num. 314. Zunt. in responso pro vxore, num. 45.*

Tradunt autem DD. textum §. *ex imperfecto.* in testamento paterno in 15
scriptis, in duobus immutari per *Auth. quod sine.* hic positam. Primo, quod pater in scriptis minus solenniter testari volens, disposita *in d. Auth. quod sine.* obseruare teneatur. *Bart. d. Auth. quod sine. ante num. ibi Ang. nu. 3. & reliqui.* Secundo, quod legata, fideicommissa, *y* libertas in tali testamento minus solenni extraneis relinqui possint: quum iura Codicis id non permitterent. *z* *d § 1. in Auth. de testam. imperf. DD. d. Auth. quod sine. ibi Bart. ante num. Angel. num. 3. Castr. num. 2. Cuiac. Nouel. 107.*

y De fideicommisso vniuersali, quid iuris sit, tradit *Cephal. consil. 377. num. 24. cum seq.*

z Cynus putat legem Codicis idem permisisse: & quod ibi dicitur, quo ad extraneos, dispositionem non valere, id ille de institutione accipit. Secundum illius sententiam Nouella nil noui induceret. Tu tene communem. Et vide *Vasq. de success. progress. lib. 2. §. 14. num. 120. & lib. 3. §. 23. num. 107.*

Extraneo legari potest. Institui autem is non potest in tali testamento. *Castr. d. Auth. quod sine. num. 2.*

Hac occasione quum in testamento paterno minus solenni extraneis legari possit: quærunt DD. an etiam in testamento ad pias causas eadem ratione laicis aliquid legari possit. Tenent omnes DD. quod sic. Iason dissentit *in d. §. ex imperfecto. nu. 10.* De qua sententia infra ad ampliationis 1. limationem 2. videbitur.

Cæterum ad testamentum paternum imperfectum, sine scriptis con- 16
ditum, dispositio *d. Auth. quod sine.* non pertinet.

Concludunt ergo omnes DD. quando testamentum sine scriptis fit, dispositionem *d. §. ex imperfecto.* per *Auth. quod sine.* plane non immutari. *gl. & DD. in d. Auth. quod sine. ibi Bart. ante num. Alberic. num. 1. Angel. nu. 3.* Quæ sententia non modo communis: *Alex. ibi num. 3.* sed & magis communis est, *Clar. § testamentum q. 11.*

Vnde sequitur, non modo tale testamentum per duos testes probari: sed in eiusmodi etiam dispositione, secundum textum *d. §. ex imperfecto.* extraneis nil relinqui posse: etsi aliud in testamento paterno in scriptis statutum sit. *Ias. Auth. quod sine. num. 1. Benedict. verb. testamentum. el. 1. nu. 87. versic. secundus casus. Domin. de Magdal. in tract. de num. testium in testam. requis. part. 1. cap. 16. num. 196. 197.*

Hanc arbitror iuris esse historiam. Et ex his, quæ dixi, iudicari de illa sententia faci- 17
lime potest, quæ vult textum *Auth. quod sine.* continuari ad *Auth. si modo.* vt sentiunt *Alber. h. in §. ex imperfecto. Salyc. in Auth. quod sine. num. 1. & 2. Castr. Alex. num. 2. Ias. Zunt. in responso pro vxore, num. 45. & 50. cum seqq.* Vt proinde recte pronunciauerit *Dn. Hart. Pist. quæst. 2. num. 6.* hanc sententiam esse communem. Sunt enim hæ materiæ & disparatæ: & in libro Authenticorum atque Codicis distractæ atque seiunctæ.

Quini-

Quinimo *Angel.in d.l.fin.* C. *famil hercisc.* statim *in princ.* existimat, textum *Auth. si modo.* limitari per *Auth. quod sine.* Nam *Auth. si modo.* requirit patris aut liberorum subscriptionem. At (ait ille *num.1.*) Iustinianus videns, quod ista erat nimis magna coarctatio, statuit, vt etiam sine ista subscriptione valeret: dummodo parens literis doctus designaret numerum vnciarum & nomina liberorum & signa rerum. Hoc ponitur in *Auth. quod sine.* Hæc *Angel.* quem aliqui sequuntur.

Errat autem ille contra clarissimum textum §. *quia vero. in Auth. de testam. imperfect.* loquens. 1. Aliud est diuidere, aliud testari. De diuisione loquitur *Auth. si modo.* De testamento *Auth. quod sine.* Quare vnus textus alterum limitare non potest: quum regula & limitatio de eadem materia sint. 2. tantum abest, vt *Auth. si modo. per textum in princ. in Auth. de testament. imperfect.* corrigatur, vt quod iam ante ille idem Author Iustinianus *in d. Auth. si modo.* de diuisione statuerat, idem ille *sub tit. de testam. imperfect. in* §. *quia vero. qui est* §. *fin.* repetat.

Dominus *Hotoman.* econtra quosdam in eam sententiam citat *cons. 55. num. 7. Auth. quod sine.* derogatum per *Auth. si modo.* Quod qua ratione dictum sit, non satis assequi possum: quum *Nouellam quod sine.* altera illa iuniorem esse constet. Vt proinde à constitutione antiquiore corrigi non potuerit.

Veritatem præ cæteris perspicue post *Iacobum Rauennatem*, tradidit *Cyn. d. Auth. quod sine. numer. 2. Iacob. de Rauenna* (inquit ille) dicit: quod *Auth. si modo.* non loquatur de testamento, nec forma ibi tradita circa subscriptionem patris vel liberorum, respicit testamentum, sed diuisionem factam ab intestato. Nam aliud est testari, aliud diuidere, &c. Et postea: de hac diuisione etiam loquitur §. *fin. in Auth. de testament. imperfect.* qui declarat, quod non detur per *Auth. si modo.* forma testandi inter liberos, sed ista forma testandi datur ex eadem *Auth.* §. *1.* vnde sumitur hæc *Auth. quod sine.* Hac ex doctrina Rauennatis refert *Cyn.* quæ bona & contra interpretum nostrorum confusiones notanda est. Castrensis *in d. Auth. quod sine. num. 2. prope fin.* dicit, illum textum per *glossam & DD.* male esse declaratum. & verum dicit: sed ille nihilo melius illam doctrinam explicat.

Hæc de primo præmisso, id est, de horum iurium historia sufficiant. Circa quod hoc quoque notandum, etsi alias dispositiones solennes, puta testamentum, codicillus, epistola, inter se differant: tamen vbi de minus solenni patris dispositione quæstio est, tantum testamentum à diuisione distingui: Codicillum autem, epistolam & diuisionem ab se inuicem separari non posse: quum diuisio nihil aliud quam minus solennis codicillus sit.

18 Secundo præmittendum, quomodo testamentum imperfectum hic intelligatur. Et quidem inter omnes constat, textum *d. l. filii. d. l. fin. d.* §. *ex imperfecto. cum Auth. quod sine. hic & toto tit. in Auth. de testam. imperfect.* non intelligi de dispositione, quæ ratione voluntatis, sed de ea quæ solennitatis ratione imperfecta sit.

19 Circa hoc præmissum secundum obseruandum, DD. testamenti imperfectionem, de imperfectione quidem solennitatis omnes exponere: in specie tamen, qualis nam hic imperfectio solennitatis intelligi debeat, non satis inter eos conuenire.

I. Sententia est domini Hotomani & Cuiacii, desumpta ex continuatione principii legis nostræ, cum §. *ex imperfecto. h.* quod testamentum imperfectum in scriptis dicatur, habens testes septem, qui tamen neque subscripserint neque subsignauerint.

Fateor autem, hanc esse testamenti imperfecti speciem & descriptionem specialem: quæ tamen ex receptissima omnium DD. sententia huic textui non satisfacit: quũ ad textum *d. l. filii. & d. l. fin.* qui generalius loquitur, referatur.

Et si ita stricte testamentum imperfectum accipiendum hic esset, plures interpretum receptas theoricas euerteremus.

Hæc ergo sententia angustior est, quam vt sustineri possit.

II. Sententia est eorum, qui in contrariam hyperbolen delabuntur. Quum enim DD. satis esse existiment, vt de testamento secundum puros iuris gentium terminos constet: omnes omnino iuris solennitates sublatas volunt. Ita loquitur etiam *Bart.* in quæstione, quam tractat in *l. 2. ff. iniust. testament.* & in *l. militis codicillis. ff. milit testament.* & in hac lege nostra. §. *fin.* & omnes, qui eum ibi sequuntur, *Benedict. verb. testamentum.*

el 1.n.80.& iis quos ibi adducit. Quorum omnium sententia est, quod testamentū patris inter liberos non minus ac testamentū paternum ad puros iuris gentium terminos reductū sit.

Hoc sensu *Iason h.num.4.& in Auth.nouissima.supr.inoff.testam.* contendit, institutionem hæredum iuris ciuilis solennitatem esse: eoq; in testamento parētum omitti posse.

Hæc effusa generalitas defendi non potest.

Tum (1) quod & testamentum patris inter liberos in scriptis sua quædam iuris solennia habeat; de quibus D. V. infra videbitur; etsi respectu testamenti solennis imperfectum, & non solenne dicatur.

Tum (2) quod eadē testamenti paterni priuilegia futura essent, quæ militaris testamenti sunt, si indistincte testamentum paternum ad iuris gentium terminos redactū esset: quod tamen omnes, imo & ii pernegant, qui cum Bart. statuunt, patrem in codicillo institutionem & substitutionem directā facere posse. Videantur *Ias.& alii in §.fin.hac lege.*

Tum (3) quod pater nutu inter liberos, aut signis testari nequeat, sed requiratur, vt articulate loqui possit. Videantur *DD. in l. iubemus.ibi Castr.num.2. & Ias.num.4.infr.eod.* etsi multis ibi placeat, hoc in testamento ad pias caussas ea ratione fieri posse, quod illud secundum ius gentium reguletur.

Quare mediam viam amplexi, imperfectionem hanc respectu numeri testium & solennitatis probatoriæ accipimus: quum in hoc testamento 1. fœminæ, 2. testes non rogati, 3. duo sufficiant. Et hæc tertia expositio est.

Porro quum textus legis nostræ hic in fine principii dicat, non subscriptum à testibus, ac non signatum testamentum pro imperfecto haberi: & illis verbis immediate textus §. *ex imperfecto.* cohæreat: hinc aliqui existimant, in hac quoq; materia nostra, testamentum imperfectum illud esse, non quod testibus careat: sed quod à testibus, qui interuenerint, subscriptum aut subsignatum non sit. Ita *Cuiac. in tract.3.ad African.ad l.si quis legatum.6.ff.ad l.Cornel.de fals. Idem Cuiac.cons.1. Hotom.cons.57.num.17.*

Etsi a. fatendum, testamentum imperfectum eo modo, vt Dn. Hotom. & Cuiac. recte docent, accipi: concedi tamen non potest, quod huius termini in materia nostra, vnica hęc & nulla alia *a* generalior significatio sit.

Nam textus *d.§. ex imperfecto.* declaratio quædam & extensio est ad *d.l. filii.& d.l.fin.C.famil.hercisc.* vt Imperator de textu *d.l.fin. in Auth.de testam. imperf. in princip.* clare indicat. Quum ergo iura hæc de legum solennitate deficiente generalius loquantur: eodem modo legem declarantem atq; ampliantem intelligi oportebit.

Ergo obseruandum, solennitatem deficientem hic proprie numeri testium, *Salyc.d.l.filii.nu.3.* & solennitatis probatoriæ respectu accipiendam: quæ receptior DD. expositio est. *Domin. de Magdal. in tract. de num. testium in testam.requis.part.1.cap.16.num.55.56.*

Atq; ita intelligendum, quod ab omnib. interpretibus communissime traditur, in testamento inter liberos omnē omnino iuris ciuilis solennitatem sublatā esse: & nihil aliud in eo exigi, quam vt quouis modo iuxta puros iuris gentiū terminos voluntas patris eluceat. Ita omnes ordinarie hic *ibi Bart.n.3. Ang. Castr.n.2. Ias.n.2. Bened.d.verb.testamentum.el 1.n.72.74.86. Clar.§.testamentum.q.8.n.1.Vasq.de success.resol.lib.1.§.1.n.35.& lib.3.ibid.ad l.si mater.n.16. Diaz reg.730.incip.testamētum imperfectum.Gail.obs.pract.lib.2.obs.112.n.1.2.6.vers.quarto amplia Zunt.in responso pro vxore.num.46.47. Domin.de Magd.late d.part.1.cap.16.num.17.18. Graff.§.testamentum.q.11.num.1.Roman.* b *cons.179.num.7.8.12.13.14. Alciat.cons.33.nu.6.lib.6. Natta cons.423.lib.2. Hotom. cons.54.num.2.cons.55.num.1.2.cum seqq.*

Estque ratio decidendi fauor liberorum, vt communiore calculo DD. 19 tradiderunt. Quam communem eleganter explicat, & latissime tuetur, refutatis omnibus contrariis, c *Dom.de Magd.loco præcit.nu.22.vsq.167.*

a Si ita stricte testamentum imperfectum acciperemus, omnes pene iuriū theoricæ, quæ communiter in scholis & foro receptę sūt, nobis proscribendæ forent.

b *Roman.* ibi etiam hoc explicat, quod interpretum illorū sententia falsa sit, qui existimāt: quod ita permittatur patri testari iure gentium, sic vt permittitur militi.

c Multi contrariū tenent. Nam vbi æqualis successio, vt in successione legitima, ibi liberorum fauor vertitur. At vbi successio inæqualis, vt in testamento, ibi nō tam de fauore quam odio liberorum agitur. Sed in testamēto etiam parentis inter liberos, parētes inæqualiter liberos instituere possunt, secundum veram & communem DD. sententiā, quæ clare etiam probatur in *d.l.filii.& l.fin. supr.famil.herciscun.* Ergo talis testandi ratio non videtur concernere liberorum fauorem. Respondet *Domin.de Magdal.* loco hic relato.

Et ex

Et ex hac decidendi ratione, *d* communiter à DD. approbata, I. infertur ad aliam DD. communem sententiam: quum titulus institutionis liberis honorabilior, vtilior, ac proinde fauorabilior sit, quod in testamento paterno etiam minus solenni liberorum institutio necessaria sit: tituli autem inæqualitas reiiciatur, vt supra in materia institutionis ad regulam: Quod liberi instituendi vel exhæredandi sint, ampliatione 28. explicatum est: & postea demum confirmabitur, etsi in hac quidem materia de forma verborum non vsque adeo sollicitos nos esse oportet, modo vt de re constet.

d Quod videl. hoc testamentum fauorem liberorum respiciat. Est autem titulus institutionis aliis fauorabilior.

II. Ex eadem ratione infertur, aut potius ex priori etiam illatione porro deducitur, testamentum paternum minus solenne non valere, vbi vnus ex liberis præteritus est. *e* Quod supra etiam in materia institutionis ad præcitatam regulam limitatione 14. dictum est.

e Testamentum paternum fauore liberorum valet. At vbi pater vnum instituit, aliũ præterit, testamentũ odium, non fauorem liberorum concernit, & est hęc inæqualitas iniuriosa. Duplex enim est inæqualitas: 1. inæqualitas tituli: 2. bonorum.

Nam siue legum solennitatem in testamento paterno remissam tantum de solennitate *f* probatoria, siue magis generaliter acceperimus, illa relaxatio facta nihil ad institutionem deficientem pertinebit, quæ non solennitatis legum, sed iuris naturalis defectus est. *l. cum ratio. 8 ff bon. damnat. l. scripto. 6. ff. vnde lib. Bald. hic. in d. §. ex imperfecto. num. 2. ibi Angel. ad fin. Alex. num 9. Ias. num. 5. Benedict. d. verb in eodem testamento. numer. 136. Clar. §. testamentum. quæst. 8. num. 5. Domin. de Magdal. de num. testium. in testam. requis. Pist. q. 1. num. 13.*

f Aliud est testamenti solennitas, aliud substantia.

Atque hinc vere & summo consensu interpretes testati sunt, textum *leg. inter cætera. 30. ff. liber. & posthum. per d. §. ex imperfecto.* non esse correctum.

20 Huic sententiæ, quod testamentum patris ob præteritionem nullum sit, opponit *Bald. hic, in §. ex imperfecto. num. 2.* textum *l. si duobus. 12. §. si prius. ff. bonor. poss. cont. tab.*

Casus ibi talis est: Aliquis prius testamentum iure fecerat, & in eo exhæredauerat filium: postea aliud testamentum fecit imperfectum, in quo præteriit filium.

Quæritur: an filius in posteriore testamento præteritus recte petat bonor. possess. cont. tab.

Videtur, quod non. Nam si daretur bonor. possess. contra tabulas posteriores, sequeretur illud testamentum valere. Si testamentum valeret, tolleretur per illud prius testamentũ. Cuius contrarium diserte deciditur *in l. si filius 7. ff. de liber. & postum.* Si filius (inquit Iurisconsultus) qui in potestate est, præteritus sit: & viuo patre, decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur.

Hac tamen ratione dubitandi, nil obstante, respondet Iurisconsultus per distinctionem: si nullus alius defectus sit in posteriori testamento quam præteritionis, ita quod instituti in secundo illo testamento, remoto filio (id est, si remoueretur filius) possent obtinere hæreditatem: quod primum testamentum tolleretur: & proinde bonor. possess. contra tab. filio daretur. Si autem testamentum illud secundum alios etiam defectus, & tales quidem haberet, quod hæredes in secundo testamento scripti propter illos defectus succedere non possent, etiamsi filius illis non obstaret, sed remoueretur: Hoc casu ne quidem filius bon. possess. cont. tab. petere potest.

Hanc oppositionem DD. difficillimam, terribilem, & talem esse perhibent, in cuius dissolutione totus mundus laborauerit, ita vt tot interpretum sententiæ sint, quot capita reperiantur. Ita *Castr. d. l. si filius. num. 11. ibi Alex. num. 4. Ias. num. 28. Ias. in §. fin. huius legis nostræ.*

Viglius in §. ex eo. Instit. quib. mod. testam. infirm. Nec scio (ait) an aliquis in hoc tractatu nodus implicatior sit: *& num. 7.* addit: hunc articulum vnum ex iis esse, qui tanquam scopuli quidam in immenso iuris pelago extent. Nos DEO volente & fauente, hunc scopulum sine naufragio prænauigabimus. Declarabo autem hunc textum ad *§. fin. huius l. n.*

21 Dixi, testamentum imperfectum ita appellari ratione solennitatis legum deficientis:

tis: Et hanc deficientiam, neque prorsus effuse, neque nimis restricte, sed respectu solennitatis probatoriæ intelligi.

Vnde sequitur, in testamento quoque paterno minus solenni instituendos esse liberos,& præteritione facta testamentum concidere.

Quæ sententia ampliatur, vt eiusmodi dispositio, ne quidem vi clausulæ codicillaris tacitæ, vt fideicommissum tacitum valeat: ex *d.l.filii.& d.l.fin.C.famil.herc.* quin potius dispositio aut voluntas dispositiua funditus concidit, quo ad institutiones: & omnia ad successionem ab intestato æqualem inter liberos reducuntur.

Quum alias vbi clausula subintelligitur: & dispositio vt diuisio valet, voluntatem defuncti dispositiuam sequi nos oporteat, saluo Senatusconsulti Trebelliani auxilio per supra dicta.

Hic autem ad successionem ab intestato res reducitur.

Idque probat textus clarissimus *in §.siue igitur omnes.in Auth.vt cum de appellat.cognosc.* vbi textus claris verbis dixit: testamento euacuato, liberos tanquam ab intestato ex æqua parte ad parentum hæreditatem venire.

Deinde clausula codicillaris non operatur, nisi concurrente voluntate testatoris: vt dixi in materia institutionis, ad reg. Quod liberi instituendi vel exhæred. fallen. 27. ad primum requisitum clausulæ codicillaris.

At hic non concurrit voluntas testatoris: quin potius voluntas eius, qui per exhæredationem vel præteritionem filium excludit, clausulæ repugnat.

Quæ causa est, vt ad diuisionem requiratur, vt pater inter omnes liberos diuisionem fecerit, nullum exhæredauerit, aut præterierit, vt proxime dictum est.

Etsi autem DD. hac de re inter se consentiant: quod eiusmodi testamentum paternum etiam minus solenne, in quo vnus de liberis præteritus est, nullum sit: Tamen multi dispositiones eiusmodi iniquas, in quibus de præteritione constat, saltem vigore subintellectæ clausulæ codicillaris, vt tacitum quoddam fideicommissum & voluntatem intestati, id est, vt patris diuisionem, iuxta *d. l. filii. & l.fin.* defendunt. In quam sententiam *Graff.§. testamentum. q.11.nu.10. vers.hoc tamen.* quosdam adducit. Quam etiam *quæst.50.num.2.* repetiit.

Pro cuius dogmatis explicatione vltra ea, quæ ad prædictam fallentiam 14. supra adducta sunt, obseruandum: In testamento paterno minus solenni inter liberos non multum de verbis laborandum, quando diuisio etiam vel assignatio bonorum loco institutionis, cæteris paribus, habetur. Ita intelligantur ea, quæ late disputat *Bocr.decis.267. Gail.obseruat.pract. lib.2.obseruat.116.num.7.*

At si dispositio vt testamentum defendi non possit, puta, quia pater testari non vult, aut solennia *Auth. quod sine.* deficiunt, vt diuisio sustinebitur, *ex d.l.fin.C.famil.hercis. Hart.Pist.d.quæst.2.num.26.cum seqq.* Ita procedit eorum sententia, *g* qui dicunt, si dispositio, vt testamentum paternum ex defectu tituli institutionis valere non possit, quod illi saltem clausula codicillaris insit, ita vt tanquã dispositio intestati, & vt fideicommissum tacitum valeat. In quam sententiam multos adducit *Domin.de Magd. de num.testium in testam.requis.part.1.cap.16.nu.136.* Quæ scilicet vera, vbi aut constat, patrem inter liberos tituli æqualitatem obseruare voluisse, aut saltem res dubia est. Nam in dubio pro testamento respondendum erit. At vbi de inæqualitate tituli & præteritione, adeoque mente testatoris clare liquet, quod vnum ex liberis præterire voluerit, ibi dispositio funditus concidit, vt ne quidem vi clausulæ codicillaris tacitæ, vt fideicommissum tacitum, aut vt diuisio defendi possit: sed omnes liberi ab intestato æqualiter succedunt.

g Si concurrit voluntas, vt quia pater testari vult, & facultas, vt quia substantialia *Auth. quod sine.* adsunt, dispositio valet vt testamentum, & assignatio vel diuisio est pro institutione. At vbi vel volũtas, vel prædicta solennia deficiunt, ita vt vel nulla institutio facta, vel diuisio vt institutio defendi non possit, dispositioni, cæteris paribus, clausula inest.

Tum (1) per clarissimum textum §. *siue igitur omnes.* & in §. *si autem hac*

hæc obseruata non fuerint in Authent. vt quum de appellat. cognosc. vbi Imperator dixit, ex causa exhæredationis, aut præteritionis testamenta parentum, quantum ad institutionem hæredum pertinet, euacuari, & liberos ad parentum hæreditatem tanquam ab intestato ex æqua parte peruenire. Quæ dispositio ociosa & inanis foret, si testamento ob præteritionem nullo clausula codicillaris tacite inesset.

Tum (2) quod clausula codicillaris subintelligi non possit, neque operetur contra mentem testatoris. *DD. in l. ex ea scriptura. § fin. h. tit. n. Molin. l. 1. §. si quis ita. num. 92. ff. verb. oblig at. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 2. interpret. 1. dub. 1. solut. 11. num. 11. cum seqq.* vt dictum est supra in materia institutionis, ad reg. Quod liberi instituendi aut exhæredandi, fallen. 27. circa primum requisitum clausulæ codicillaris.

Repugnat autem menti testatoris clausula in nostro casu, quum per eam venientes ab intestato inuitentur: qui autem præterit, haudquaquam inuitare, sed excludere velit.

Et licet iuris explorati sit, etiam illi testamento, quod propter præteritionem aut exhæredationem nullum est, clausulam codicillarem expresse inseri, & ita propter voluntatem testatoris concurrentem hæredi scripto, cuius institutio alias concideret, prouideri posse: quemadmodum supra ad d. fall. 27. annotatum fuit: Tamen aliud in eiusmodi odiosis testamentis est, si clausula expressa non sit. Nam tunc propter repugnantiam, inter clausulam, & eiusmodi testamenta liberorum exclusiua, voluntas testatoris non concurrit.

Et hæc, quemadmodum & fauor liberorum, ratio est, cur diuisio quoque pro sui substantia exigat, vt pater inter omnes liberos diuisionem fecerit, nullum autem præterierit, aut excluserit, quemadmodum proxime ad quintum requisitum diuisionis annotatum est.

22 Tertio præmittendum, quomodo dispositio hæc testamenti paterni minus solennis diuidatur.

Diuidunt autem DD. hoc testamentum minus solenne, seu ratione solennitatis imperfectum, in testamentum in scriptis, atque nuncupatiuum.

Testamentum nuncupatiuum fit 1. coram duobus testibus. 2. etiam fœminis. 3. & non rogatis. Testamentum autem in scriptis parens condere potest sine omnibus testibus, & sine publicatione, sola scriptura sua, aut subscriptione. *DD. h. d. §. ex imperfecto. ibi Alex. num. 3. & in Auth. quod sine. DD. in d. l. fin. & in Auth. si modo. supr. famil. herc isc. Andr. Gail. obser. pract. lib. 2. obs. 112. num. 3. & seqq. Hart. Pist. lib. 1. q. 1. num. 1. vsque 10. Graff. §. testamentum. q. 11. num. 3. & q. 16. num. 1. & seqq. Dec. cons. 388. num. 9. Marian. Socin. Iun. cons. 64. nu. 1. & 2. lib. 4. Cephal. cons. 377. num. 1. VVesenbec. cons. 90. num. 1. & seqq. Zunt. in responso pro vxore nu. 94. vsque 61.* etsi dissentiat *Salyc.* publicationem requirens, in *d. Auth. quod sine. num. 2.* quem sequitur *Tib. Dec. cons. 34. nu. 17. lib. 1. cons. 126. num. 13. lib. 3.*

23 Addit *Zunt.* tertiam speciem testamenti paterni, quod mixtum sit: quando pater dixit coram duobus testibus, se dimisisse scripturam seu schedulam, sua manu scriptam, penes talem, in qua contineatur eius testamentum: Vel se testari, prout in ea: Vel illam esse suum testamentum. Concurrit enim hic cum scriptura & nuncupatio implicita per relationem ad schedulam. Ita ille *loco relato, num. 71. & 91.* quem sequitur *Graff. d. quæst. 16. num. 10.*

Neque dubium est, quum aliud diuidere, aliud testari: Et rursum alia diuisionis, (sub qua & codicillus atque epistola minus solennes comprehenduntur. *arg. d. l. filii. & d. l. fin.*) alia testamenti minus solennis substantialia sint: vt partim ex iam dictis intellectum est, partim ex porro dicendis intelligi poterit: testamentum minus solenne paternum à diuisione etiam iure nouissimo distingui: Et eorum sententiam admittendam non esse, qui nihil inter testamentum paternum minus solenne & codicillum interesse scribunt: ac proinde in codicillo quoque institutionem, & substitutionem, aut substitutionis reuocationem directo fieri posse scribunt: quorum numero est *Bart. in l. 2. ff. iniust. testam. l. militis codicillis & § fin. in hac l. n.* vbi alii, *Benedict. verb. testamentum. el 1. num. 74. Vasqu. de success. resolut. lib. 1. §. 1. num. 35.* Porro de themate, quod *Bart. locis relatis* tractat, *ad § fin. l. n.* quædam Deo V. annotabuntur.

In testamento paterno in scriptis non requiritur alia publicatio aut nuncupatio, sed scriptura sola. Quare vbi publicatio seu nuncupatio etiam implicita accedit, ibi recte testamentum mixtum dicetur.

Possum hæredem nuncupare explicite, vt, instituo Titium: & implicite, puta, instituo eum, cuius nomen scripsi in scheda, apud illum dimissa. Dixi in materia institutionum, requisito 4. declaratione 7.

Angel. in Auth. quod sine. num. 3. dicit, patrem habere potestatem disponendi quadrupliciter: 1. testando, 2. codicillando, 3. epistolando, 4. diuidendo. Et hos modos haberi *in d. l. fin.*

Epistola differt à codicillo solenni. In hoc autem conueniunt, quod vtrobique 5. testes sunt necessarii, *Laurent. Castell. ad rubr. Institut. de testam. num. 37. Mantu. de coniect. vltim. volun. lib. 1. tit. 11.*

Sed obseruandum, quemadmodum miles iure communi & priuilegio militari testari potest: ita patrem solenniter & minus solenniter testari posse. Neque aliter nos de minus solenni voluntate disputamus, nisi voluntas solennis deficiat, vt clare *text. d. l. filii. & d. l. fin.* indicant.

Hic oritur quæstio, quum hodie testamentum paternum coram duobus testib. fieri possit; idemq; de codicillo & epistola sit: vtrum in dispositione paterna minus solenni distinguantur hæ voluntates, testamentum, codicillus, epistola, diuisio, &c.

Aliqui existimant, nullam fieri distinctionem.

Hinc scribit *Benedict. verb. testamentum. el 1. num. 74.* testamentum inter liberos valere, siue fuerit factum per modum testamenti, aut epistolæ, vel cuiuscunque generis scripturæ. Et *Vasqu. de success. resolut. libr. 1. §. 1. num. 35.* Si voluntas, *inquit*, duobus testibus probetur, testamentum firmum est, siue codicillum, siue testamentum, siue epistolam testator nominauerit. Quam tamen sententiam postea temperat, vt nihil referat, id est, quo ad liberos: posse tamen referre ait, quo ad extraneos, ita *num. 43.*

Et pro hac sententia ego rationem elegantem adduco. Nam *in l. filii. & l. fin. C. famil. hercisc.* dicitur, siue voluntas testatoris imperfectum testamentum, siue codicillus imperfectus, siue epistola imperfecta fuerit, valere eam vt diuisionem ab intestato. At constit. Theodosiana *in d. §. ex imperfecto.* vult talem voluntatem valere vt testamentum.

Ergo nihil refert, qualis patris voluntas sit, aut quo nomine eam nominet. Nam si probari possit, sustinebitur vt testamentum.

Hæc ratio etsi prima facie colorata sit, nihil tamen valet.

Tum (1) quod etiam hodie iure Nouellarum inter minus solennes voluntates patris distinguatur, vt ex *d. §. quod sæpe. in Auth. de trien. & semiss. & ex textu in princ. atq. § fin. in Auth. de testam. imperf.* patet. In quibus Imperator testamentum paternum à diuisione distinguit. Et hinc recte Iurisconsulti dicunt, aliud esse diuidere, aliud testari. Differunt enim hæc non tantum nominetenus, sed etiam reipsa.

Tum (2) quod *d. §. ex imperfecto.* hæc sententia minime fit, quod etiam codicillus, epistola, aut diuisio patris pro testamento haberi debeat. Sed hoc ille textus vult: quum iam olim ex lege Constantini testamentum imperfectum tantum, vt diuisio valeret, hodie etiam vt testamentum sustineri.

Quod

Quod autem aliæ etiam dispositiones, puta, codicillus, epistola, diuisio vt testamentum valeant, id ille textus non dicit. Imo clare tantum de testamento loquitur. Ex imperfecto (inquiens) testamento voluntatem tenere defuncti. Et redet de testamento, non de codicillo, aut epistola.

Præterea testamentum, codicillus, epistola possunt valere vt diuisio: quum voluntas & facultas concurrat. At codicillum, epistolam vt testamentum sustineri, id fieri nullo modo potest, deficiente videlicet voluntate & facultate. Qui vult codicillari, ille non vult testari. Deinde alia codicilli, alia testamenti substantialia sunt, etiamsi de minus solenni voluntate quæratur.

Bartolus tamen existimat, *b* patrem in codicillo institutionem & substitutionem directam facere posse.

b Vide supra l. hæredes palam. §. si quid post prope fin. vers. declara sexto. Nam testamentum. & inf. ad §. fin. hac lege.

Ille habuit hanc quæstionem illustrem.

Quidam instituit filium pupillum, & ei pupillariter substituit extraneum.

Postea illum pœnituit substitutionis factæ. Quare postea in codicillis illam pupillarem substitutionem reuocauit, & substituit pupillo sorores.

Pupillus mortuus est in pupillari ætate, & ita accidit casus pupillaris substitutionis.

Quæstio orta est, inter illum extraneum, qui primo substitutus fuit, & inter sorores pupilli.

Nam substitutus dixit, in codicillis non potuisse reuocari substitutionem directo, sed tantum per fideicommissum. Petiit ergo, se ad successionem admitti iure directo, & ad restitutionem faciendam per fideicommissum sororibus pupilli.

Dicit *Bart.* in hac sententia fuisse omnes DD. se autem contrarium tenuisse: quod scilicet ille extraneus in totum repelleretur. Ita ille *in d. §. si quis autem. Bartol. l. 2. ff. iniust. testam. num. 1. l. militis codicillis num. 2 ff. testam. milit.* & testatur se ita obtinuisse.

Bartolum multi sequuntur, quos refert *Bened. d. verb. testamentum. el 1. num. 80.*

Porro hæc sententia Bartoli vera non est. Ideoque ille obtinuit quidem, sed male. Alii dixerunt æquum: ille tulit equum.

Ad fundamentum ipsius: Quod vbi sufficit voluntas imperfecta, non distinguatur inter codicillum & testamentum: clare respondeo, sententiam hanc falsam esse.

Tum (1) quod fundamentum Bartoli loquatur in casu iuris specialis, id est, in milite: Vt proinde ius commune sit in contrarium. Et grauissime falluntur, qui testamentum paternum militari æquiparant; etsi Dominus Hotoman. hanc communem DD. sententiam esse scribat *cons. 56. num. 6.* Quam *Ludou. Roman. paulo post citatus* refellit.

Tum (2) quod in materia etiam dispositionis paternæ inter liberos iure Nouellarum constitutionum, testamentum imperfectum distinguatur à codicillo. Vt proinde multo magis distinguendum sit in materia *d. §. si quis autem. & d. l. 2.*

Et contra Bartolum tenet *Bald. in l filiu. num. 7. ibi Salyc. n. 5. Angel. in d. l. fin. num. 2. & 3. C. famil. hercisc.* vbi pulchra inductione *Bart.* refellit: & videndus præ cæteris *Roman. cons. 179. num. 12. 13. 14.* vbi contra Bartolum veritatem & communem sententiam esse contendit. Plures in id citat *Dominic. de Magdalen. in tractat. de num. testium in testam. requis. part. 1. cap. 16. num. 259.*

Quare pro præcitatæ quæstionis resolutione ita dico:

Aut quærimus de testamento & codicillo solenni, an hæc distinguantur in dispositione patris inter liberos: & nemo, opinor, hoc in dubium reuocabit. Sunt enim distincta iura codicillorum & testamentorum.

Fatendum quidem, patrem minus solenniter disponere posse: At hoc ita verum est, si iure suo vtatur, quemadmodum & de milite dicimus, illum & iure communi atque singulari testari posse.

Aut quærimus de minus solenni voluntate. Et subdistinguo.

Aut enim quærimus, vtrum testamentum à codicillo, an vero etiam codicillus à diuisione distingui possit.

Ad quæstionem de testamento & codicillo quod attinet, prorsus reiicienda est eorum sententia, qui minus solennem codicillum cum testamento minus solenni confundunt: quum hæ dispositiones in sua substantia differant, & proinde etiam iure nouissimo, vtcunque minus solennes sint, distinguantur. Quod enim de diuisione dicimus, idem de codicillo admittendum erit.

Porro tum demum testamentum conditum intelligitur 1. si testator habeat animum testandi, 2. & institutionem faciat, (etsi de verbis non multum in hac materia solliciti simus) aliaque testamenti substantialia adhibeat, 3. in scriptis vel nuncupatiue, aut mixto modo. At codicillus 1. requirit animum codicillandi, 2. & vt nulla institutio fiat. Et omnino obseruandum:

I. Testamentum etiam solenne, quod forte propter præteritionem nullum est, valere posse vt codicillum, propter clausulam codicillarem, &c.

II. Testamentum paternum minus solenne subsistere posse, cæteris paribus.

1. Vt diuisionem, si scilicet neque testatus, neque codicillatus sit testator solenniter, neque epistolam solennem emiserit.

2. Vt codicillum solennem, si eius substantialia concurrant.

3. Vt voluntatem mixtam, id est, partim vt causam testati, partim vt causam intestati, *in d.l.2. ff. iniust. rup. testam. d. §. si quis autem. Domin. de Magdalen. d. part. 1. cap. 17. num. 4. cum seqq.*

4. Vt testamentum inter liberos. *d. §. ex imperfecto.*

Quia in omnibus hisce casibus concurrit 1. Voluntas testatoris. 2. & potestas. Nam testamentum, cæteris paribus, omnes hasce voluntates comprehendit & continet.

At quod codicillus vt testamentum valeat, id pugnat 1. cum iure communi, quod ius singulare de milite satis probat. 2. cum voluntate & facultate. Nam testator non voluit testari, sed codicillari. Et alia est testamenti, alia codicilli substantia. Imo amplior & plenior est testamenti quam codicilli natura. Vt proinde testamentum codicillo per naturam inesse nequeat.

De altera quæstione videri alicui possit, quod inter codicillum & diuisionem distinguendum sit. Quæ tamen sententia, nisi plurimum fallor, iure defendi non potest. Non potest inquam diuisio distingui à codicillo minus solenni. quod clarissime probat *d.l. filii. & d.l. fin. C. famil. herciscun.* Diuisio enim valet, saluo Senatusconsulti Trebelliani auxilio, & continet in se clausulam codicillarem. Vnde est codicillus minus solennis, continens fideicommissum tacitum.

Quare qui dicit diuisionem esse, ille clausulam codicillarem, & proinde codicillum necessario præsupponit.

Non obstant fundamenta, quæ pro fulcienda hac distinctione adferri possunt.

1. Nihil enim facit, quod dicitur, Iustinianum in *Auth. de testam. imperf.* textum *l. fin. C. famil. hercisc.* de testamentis pariter atq; de codicillis disponentem, referre & corrigere: Ergo vnam ibi introducere eum solennitatem pro testamento atq; codicillo.

At longe aliam *i* rationem esse diuisionis.

Vt proinde codicillus vnam atque eandem cum testamento formam obtinens, à diuisione necessario distinguatur.

i Alia ratio est diuisionis & codicilli, id est, solennis: sed hic de codicillo minus solenni loquor cum *d.l. filii. & d.l. fin.*

Nam respondeo, si sic colligere liceat:

Iustinianus ibi retulit legem Constantini, in qua mentio habetur de codicillo & testamento.

Ergo codicillo & testamento vnam formam statuit.

Me eodem argumenti genere recte etiam ad epistolam & diuisionem sic esse conclusurum: quum Constantinus in *d.l. fin.* de testamento, epistola, codicillo & diuisione pariter meminerit.

Ergo ad historiam iuris aduertendum est.

Nam in *d. l. fin.* duo deciduntur. 1. Quod patris voluntas minus perfecta omnino valere debeat, quibuscunque indiciis demonstretur. 2. Quod valere debeat vt diuisio.

At in *Auth. si modo.* quæ Iustiniani est, Imperator non distinxit codicillum imperfectum, aut epistolam imperfectam à diuisione. Sed voluit illam voluntatem valere vt diuisionem, & tantum pleniorem formam & probationem addidit.

Quum autem in *d. §. ex imperfecto.* textus *d. l. fin.* ita declaratus sit, quod testamentum imperfectum etiam vt testamentum valere possit; Imperator huic quoque formæ consulere voluit in *Auth. de testam. imperf. in princip.* Quia absurdum fuisset, imperfectæ voluntati patris, quæ esset diuisio, pleniorem formam atque cautelam ex *d. Auth. si modo.* adhibitam esse: alteram autem illam, quæ ex lege Theodosii vt testamentũ subsisteret,

inta-

intactam omnino relictam fuisse atque inemendatam; & quod huius consequens erat, dubia illa, qua olim diuisio probari poterat, ratione testamentum consistere & demonstrari posse.

Hanc iuris veram historiam post DD. esse arbitror, & nullo idoneo iuris argumento demonstrari posse confido, Iustinianum, ad codicillum minus solennem quod attinet, aliquid circa textum *d.l.fin.* immutasse.

Ergo si sumus in materia testamenti imperfecti, recurrimus ad textum *in princip. in Auth. de testam. imperf.* & ad *Auth. quod sine. h. tit.*

Si autem versamur in alia minus solenni vltima voluntate, siue sit epistola, siue codicillus, so bleibt es bey der decision *d.l.fin.* vnd bey der *Auth. si modo.* quæ est desumpta, vt dixi, ex *Auth. de trien. & semiss.* & repetita *in §. in Auth. de testament. imperf.* Et ratio, cur hæ voluntates imperfectæ non distinguantur, aperta est: quod diuisio tacitam clausulam codicillarem in se contineat, & in effectu codicillus imperfectus sit, & vim codicilli *ex d.l. filius. & dict. l. fin.* obtineat. Quæ ll. per iura Nouellarum hactenus immutatæ non sunt.

Voluit (inquam) Constantinus *in d. l. fin.* voluntatem patris per qualiacunque indicia probari.

Textum autem hunc ita explicuit Theodosius: quod testamentum imperfectum deberet valere vt testamentum.

Durum hoc visum est Iustiniano, *in d. Auth. de testam. imperfect.* quod testamentum imperfectum vt testamentum valere deberet, si vel ex indiciis de voluntate constaret. Quare quum iam antea diuisioni suum complementum dedisset *per Auth. si modo.* etiam pleniorem formam testamento imperfecto dare voluit *in Auth. de testament. imperfect. in princ.* Non enim ibi in principio, de codicillo imperfecto, de epistola, de diuisione agit, de qua iam ante *sub tit. de trien. & semiss.* disposuerat: quod & repetit *in §. final. ibi.* Sed de testamento, vt dixi, tantum. Etsi non diffitear *ibi in princip.* etiam de diuisione quædam exstare, non tamen de ea, quæ à testamento distincta sit, sed quæ in testamento fiat.

2. Nihil etiam promouet in hac disputatione textus *l. hac consultissima. sup. tit. prox.* vbi in testamento & codicillo cæci eadem solennia requiruntur.

Nam vt omittam ex magis communi DD. sententia, decisionem illius legis ad testamentum paternum non pertinere: pro responsione me ad ea, quę supra de testamento cæci, ampl. 4. dicta sunt, remitto.

24 3. Ad rem etiam non pertinet, quod dicitur, clausulam codicillarem non operari, nisi substantialia codicilli concurrant: & proinde nisi concurrentibus substantialib. codicillum dici non posse. Nam hoc verum est, vbi de solenni codicillo quæritur. At aliud esse, vbi in dispositione patris inter liberos versamur, *text. d.l. filii. & d.l. fin.* clarissime probant. Ibi enim minus solennis voluntas, vt diuisio valet: cui profecto clausula codicillaris inest, etsi substantialia codicilli solennis non concurrant.

25 Quarto præmittendum, quæ præcipua priuilegia sint testamenti paterni.

Porro *Ias. h. in d. §. ex imperfecto. num. 8.* tria enumerat.

I. Intelligitur habere clausulam, vt valeat omni meliori modo. *DD. h. in §. ex imperfecto. ibi Alex. num. 12. Ias. num. 8. Molin. l. 1. §. si quis ita. nu. 93. ff. verb. oblig. Bened. c. Raynutius. verb. testamentum. el 1. nu. 82. ibi Couar. §. 1. num. 2. extr. eod. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 6. tit. 2. num. 21. Dom. de Magdal. d. part. 1. qu. 16. nu. 82. cum seqq.* quod in aliorum testamentis non procedit, nisi iuxta ea, *k* quæ supra in materia testamentorum ad fin. fall. 30. dicta sunt.

II. Intelligitur habere clausulam codicillarem. *d.l. filii. d.l. fin. Ias. d. §. ex imperfecto. num. 7. Dec. cons. 242. num. 5. latissime Dom. de Magd. in tract. de num. testium in testam. requis. part. 1. cap. 16. num. 73.* Et plura adduxi supra circa materiam institu. hæredum ad regulam: Quod liberi instituendi, aut exhæredandi sint. fallen. 14. & 27. Etsi *Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 6. tit. 2. nu. 26.* in materia §. nostri, *ex imperfecto.* illa nihil opus esse dicat. *l*

k Id est, 1. concurrente voluntate, 2. concurrente facultate, id est, requisitis, 3. in iis, quæ tacite insunt.

l Verum si dispositio valere potest vt testamētum, idem dicere possumus de testamento solēni.

III. Va-

III. Valet secundum ius gentium, *Iaſ. ibidem.* & vltra præmiſſa declarant *DD. in hac l. n. §. fin.*

IV. Primum teſtamentum in ſcriptis inter liberos conditum, habet clauſulam derogatoriam ad ſequentia, vt *in Auth. hoc inter. h.* & dixi ad *l. hæredes palam. §. ſi quid poſt* circa fallen. 2. ampliationis 12. ad illam regulam: Quod prius teſtamentum per poſterius tollatur. Quod & de poſteriori verum eſt. *Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 6. tit. 2. num. 20. cum ſeqq. Zant. in reſponſo pro vxore, num. 487.* quod D. V. plenius ad *Auth. hoc inter. infr. eodem.* explicabitur.

Hiſce ergo præmiſſis, ad requiſita teſtamenti paterni in ſcriptis nunc veniamus. 26

Et primum quidem ante omnia neceſſe eſt, vt de patris voluntate conſtet, quod videlicet teſtari voluerit. Nam quod minus ſolennis diſpoſitio patris etiam vt teſtamentum valet, id tum verum eſt, ſi teſtari velit. *Angel. d. l. fin. num. 1. ſupr. famil. herciſ. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 6. tit. 2. numer. 18. Dominus Hartm. Piſt. d. quæſt. 1. num. 14.* Et quando teſtari velle præſumatur, exponit *gloſſ. & Cyn. in l. quoties. ſupr. famil. herciſc. Bald. in d. l. filii. num. 6. ibi Salyc. num. 4. Caſtrenſ. num. 3. & 4. eod. Bald. hic in Auth. quod ſine. numer. 1. Mant. d. tit. 2. num. 18. latiſſime Dominic. de Magdalen. in tractat. de num. teſtium in teſtament. requiſ. part. 1. cap. 16. num. 257. cum ſequentib.* Quibus addendum, ſi ſubſtantialia teſtamenti concurrant, ſatis dici conſtare de voluntate teſtatoris, quod teſtari voluerit, etſi pater voluntatem ſuam codicillum appellauerit.

Tum (1) quod in dubio actus ita ſit interpretandus, vt in potentiori forma valeat, qua ratione diſpoſitio patris inter liberos ita demum vt diuiſio valet, ſi vt teſtamentum valere nequeat. *d. l. filii. & d. l. fin.* & dixi ſupra circa requiſita diuiſionis, requiſito 3.

Tum (2) quod per exteriora, id eſt, quando quis ſubſtantialia teſtamenti adhibet, cognoſcantur interiora, id eſt, animus teſtandi. *l. non codicillum. ibi DD. & Salyc. num. 1. & l. teſtem non ideo. ſupr. eod. Alex. in §. fin. numer. 7. infr. hac lege.*

Ex hoc autem requiſito infertur, ſi aliter quam ex ſola nominatione *m* clariſſime & indubitato conſtet, *n* quod pater codicillari, non autem teſtari voluerit: & filios in codicillis hæredes inſtituerit: talem diſpoſitionem ſuſtineri non poſſe, neque vt teſtamentum: quia pater teſtari voluit: Vt proinde eius voluntas deficiat: neque vt codicillum: quia hæreditas dari non poteſt niſi in teſtamento: non autem in codicillo. in quam ſententiam plures refert *Domin. de Magd. loco relato, num. 256.* Aliud tamen interpretationis benignitas ſuadet, vt videlicet diſpoſitio iure fideicom. ſubſiſtat. *arg. l. Scæuola. 76. ff. ad SC. Trebell. l. cum quis. 36. §. Seiam ff. legat. 3. arg. d. l. filii. & d. l. fin. Imol. l. 1. num. 4. ff. iniuſt. teſtam.* Et huc conferunt diſputata per *Leon. in materia ſubſtitut. compendioſa, num. 308. cum ſeqq.*

m Vt quia diſpoſitionem ſuam, quæ teſtamentum eſt, codicillum appellarit.
n Exemplum pone, ſi dicat, ſe nolle teſtamentum conficere: ſed tantum codicillari.

Debet conſtare de patris voluntate, quod teſtari voluerit.

Et licet DD. diligenter inquirant, quando pater animum teſtandi habuiſſe intelligatur: Tamen omnium certiſſima nota illa eſt, ſi teſtamenti ſubſtantialia adhibuerit. Nam tunc teſtari voluiſſe intelligitur: etſi actum ſuum codicillum appellet, per ea, quæ hic annotata ſunt.

Sed quid ſi clariſſime conſtet, patrem teſtari noluiſſe: & ipſe tamen codicillis hæredes liberos ſcribat: Quæritur, vtrum diſpoſitio teneat, vel concidat?

Reſpondent noſtri, voluntatem illam non valere vt teſtamentum: quia pater noluit teſtari: neque vt codicillum: quia codicillis hæreditas non datur. Multos adducit

Domin.

Domin. de Magdal. hic relatus. Etsi *Bart. & alii* contrarium teneant, quod videlicet pater codicillis etiam instituere & directo substituere possit.

Et hæc quidem stricto iure, & secundum regulas iuris verissima sunt.

Sed quæro: vtrum eiusmodi institutio in codicillis facta, plane concidat: ita quidem, vt successio in totum fiat ab intestato & nulla voluntatis patris ratio ducatur: an saltem ex benigna interpretatione sustineatur vt fideicommissum?

Respondeo, si quæramus de substitutione directa in codicillis facta, res planior est. Scæuola respondit, substitutionem directam in codicillis factam inutilem esse: quum codicillis hæreditas neque dari, neque adimi possit: benigna tamen interpretatione eam valere vt fideicommissum. *l. Scæuola. ff. ad Senatusconsultum Trebell.* De cuius insignis textus materia suo loco dicam. Videat interim qui volet *Molin. l. 1. §. si quis ita. num. 77. ibi Bolognet. num. 152. & cæteros. ff. verb. obligat. Vigl. in princ. num. 4. Institut. vulg. & pupill. Leon. in materia compendiosæ. num. 274. 301. 308. Bolog. in l. centurio. num. 111. ff. vulg. & pupill. Alex. Trentacinq. de substitut. part. 2. cap. 10. num. 5.*

Ita omnes Dd. contra Bartolum concluserunt, in ea quæstione, de qua heri memini, vtrum videlicet pater impuberi factam substitutionem pupillarem in codicillis reuocare, & sorores substituere potuerit.

Contendit enim Bartolus, id fieri potuisse, & directo quidem.

Alii omnes id pernegarunt. Voluerunt enim substitutionem non iure directo, sed vt fideicommissariam consistere. Ita ipsemet *Bart.* testatur *in d. l. militis codicillis. in princ. num. 2. ff. milit. testament.* & hanc etiam probat *Alex. in §. fin. num. 8. infr. hac eadem lege.* vbi D. V. dicam.

Sed de institutione quid dicemus?

Angel. in l. 1. num. 3. & 4. ff. iniust. testam. distinguit inter substitutionem & institutionem. Substitutionem dicit valere, per *l. Scæuola.* Institutionem autem concidere, & successionem fieri ab intestato, per *l. fin. C. famil. hercisc.* vt fideicommissum autem non valere, nisi iuxta distinctionem ibi traditam.

Hæc autem videntur esse pugnantia: cum *in dict. leg. fin.* sit fideicommissum tacitum.

Imola ibi *numer. 4.* tenet contra *Angel.* quod valeat vt fideicommissum, per *d. leg. Scæuola.*

Hanc arbitror veram tum per *l. cum quis. 36. §. Seiam. ff. legat. 3. d. l. filii. d. l. fin. C. famil. hercisc.* vbi si codicillus vt codicillus solennis non valet, id est, secundum strictam iuris regulam, saltem vt minus solennis valebit, neq; vlla probabilis ratio diuersitatis inter solennitatem legum deficientium & inter nostrum casum, in hac quidem materia, vbi de fauore (non de odio liberorum) agitur, monstrari potest: tum per ea, quæ eleganter tradit *Leon. in materia compendiosæ substitutionis, num. 308. cum seq.* Nam quæ ille de substitutione disputat, non male huc accommodantur, *& Trentacinq. loco relato.*

27 II. Requiritur, vt dispositio patris sit perfecta, ratione voluntatis. *o* Et dicitur ratione voluntatis imperfecta, etiamsi institutione iam facta, vnum tantum legatum adhuc superesset. *gloss. in d. l. fin. verb. neque impletum. ibi Bart. num. 1. Bald. num. 6. Angel. num. 4. Salyc. quæst. 4. num. 3. Castrens. num. 3. DD. omnes hic in d. §. ex imperfecto. ibi Bart. num. 2. Bald. num. 1. Castrens. num. 2. & 3. qui dicit, ita sentire omnes. Alex. num. 3. Ias. num. 2. Clar. §. testamentum quæst. 7. num. 4. quæst. 9. Mynsin. obser. 28. cent. 5. Gail. obser. pract. lib. 2. obs. 112. Dominic. de Magdalen. in tractat. de num. testium in testam. requis. part. 1. cap. 16. num. 260. vsque ad fin. Mascard. de probat. lib. 3. conclus. 1352. num. 70. Grass. §. testamentum. quæst. 12. Hotom. consil. 55. num. 2.* Estque ratio decidendi, quod hoc casu defectus testamenti concernat ius naturale, non positiuum, circa quod dispensatum non est. *l. si is qui. 25. l. ex ea. 29. ff. eod. l. fideicommissa. 11. §. 1. ff. legat. 3.*

o Ratio, quod omnium actuum humanorum duo sint principia, volũtas & facultas. Videantur quæ dixi ad *l. si quis testamentum. 25. & l. ex ea. ff. eod.*

Atque hinc infertur, dispositionem pro perfecta non haberi, si scheda reperiatur, in qua dicatur per verbum futuri temporis, quod aliquis volebat *p* sic testari. Non enim testamentum, sed preparatio ad testandũ est. *Bart.*

p Vide quæ dixi ad *l. fin. ff. eod.*

Bart.l.quoties.§.1.num.4.ff.hared.institu. Dec.cons.488.num.9.cum seqq. Tiber. Decian.cons.34.num.19.lib.1.cons.126.num.15.lib.3. Mascard.loco relato.num.63.

III. Requiritur, vt schedula manu testatoris scripta, *Auth.quod sine.* 28
ibi Bald.num.1. Salyc.Castr.Ias.num.1.& reliqui.hoc tit.§.1.in Auth.de testam.imperf.DD.hic in d.§ ex imperfecto. Bened.d.verb.testamentum el 1.num.87.Clar.§.testamentum.qu.14.num.1. Iacob.Tomin.qu.4.num.3. Andr.Gail.d.obseru.112.num.3.cum seqq. Menoch.de præsumpt.libr.4.tom.1.præsumpt.7. vbi multa de schedula manu patris matrisve scripta disserit. *Hartman.Pistor.q.1.num.1.& seqq. Graff.§.testamentum.q.16.num.2. Cephal.cons.377.num.1. Zunt.in responso pro vxore.num.49.cum seqq. VVesenb.cons.90.num.1.cum seqq.* aut subscripta sit. *DD.d.Auth.quod sine.ibi Bald.ante num. Clar.d.quæst.14.num.4. Mascard.dict.conclus.1352.num.64.65. Greff.d.qu.16.num.4. Hotoman.* q *cons.55.num.7.* Idque ea ratione, quod paria r sint, aliquem propria manu scribere, vel subscribere, quodque subscribens vt principalis (non vt authorizans, vel solennizans, quemadmodum testis) omnia contenta in scriptura confirmare intelligatur. *DD.in l.cum antiquitas.§.fin.ibi Alex.num.8. Ias.num.12.infr.eod. Gabr.Rom.lib.1.recept.conclus.tit.de præsumpt.reg.1. Carol.Molin.cons.31.num.9.ibi Boyseus cons.33.num.8. l.sicut.8.§.non videtur.ff.quib.mod.pign.vel hypoth.solu.l.3.C.quod cum eo.* Et quidem specialis subscriptio requiritur, puta, vt non tantum dicatur in genere: Ego approbo omnia superius scripta: sed in specie ita: hoc testamentum meum inter liberos conditum approbo. *Bart.in l.Diuus.§.idem Senatus.num.2.ff.ad l.Cornel.de fals.* Cuius sententiam in hac nostra materia sibi placere dicit *Clar.d.qu.14.num.4. Mascard.loco relat.num.65.* Etsi alias veritas, *Alex.in l.si ita stipulatus.§.Chrysogonus.num.2.& 3.ff.de verb.obligat.* & communis DD. sententia contra Bartolum sit. *Clar.loco relato.* s Generalem tamen subscriptionem hic sufficere contendit *VVesenb.d.cons.90.num.15.*

q Dn. Hotoman. ibi addit, illi Nouellæ, quæ patris scripturam requirit, id est, vt intelligo, textui §.1.*in Authen.de testamen.imperfect.* derogatum per *d.Auth.si modo.* quæ subscriptione sit contenta. At 1. Nouell.*si modo.* alteram illam *de testam.imperfect.* præcedit. 2. Deinde altera de diuisione, altera de testamento agit. Quare hoc, quod ille dicit, probare non possum.

r Paria sunt siue quis scribat, siue subscribat. In scribente non est necessaria subscriptio.text.expressus in *l.cum antiquitas.§.fin.inf.eod.ibi.DD.* vbi D.V. dicetur. In subscribente non est necessarium, vt totum scripserit. Et quæ necessaria sint, vt subscribens sibi præiudicet, docet Molin. hic relatus. Neque necessaria est specialis subscriptio, secundum communem, *Ias.d.§.num.15.* Quæ tamen communis limitatur.

1. Vt hic.
2. In materia *l.dictantibus.infr.eod.*
3. Subscribens intelligitur scribere per fictionem. *Ias.d.§.fin.num.17.*

s Grass. loco relato *d.qu.16.num.6.* ipse quoque tenet, requiri hic specialem subscriptionem, sed errore lapsus, non recte Bartolum adducit. Ait enim Bartolum in hac sententia esse, vt dicat, generalem subscriptionem in hac nostra & similibus materiis sufficere. Contrarium est verum, & pro contraria sententia à DD. etiam citatur.

Sed contra hoc requisitum partim tenet *Cuiac.consultat.1.* vbi ait: Nouella 107. abuti eos, qui inde colligant, non valere inter liberos testamentum, nisi sua manu, suisque literis parens scripserit nomina liberorum, & tempus & vnciarum modum. Mentem namque Iustiniani hanc tantum esse, vt siue scribat testamentum parens, siue alius, eo dictante, illa literis perscribantur, non notis.

Atq; ex hoc requisito infertur I. etsi aliquibus visum sit, testamentum 29
paternũ in scriptis dici, si schedula à patre neq; scripta, aut subscripta sit, dummodo liberorum subscriptiones habeat. *Natta d.Auth.quod sine.num.51. Benedict.d.verb.testamentum.el 1.num.87.in fin. Mascard.d.conclus.num.66. Graff.d.qu.16.num.4. Matth.VVesenbec.d.cons.90.num.7. Zunt.in responso pro vxore.num.52.*

Hanc tamen sententiam veram non esse: Sed eiusmodi dispositionem vt diuisionem valituram. *Clar.d.quæst.14.num.6.vers.sed pone.* quod hactenus recipiendum, si de nuncupatione patris facta non liqueat. Nam

Nam si de ea *t* constiterit, cæteris paribus, testamentum erit: quum in dubio actus in potentiori forma valeat: ac proinde non aliter vt diuisio sustineatur, nisi vt testamentum valere nequeat. *t Vel explicite, vel per relationem ad aliud.*

Non est hæc ociosa, sed magni momenti quæstio, vtrum dispositio à patre neque scripta, neque subscripta, sed liberorum tantum subscriptionem habens, sit testamentum, vel alia vltima voluntas: & si sit testamentum, vtrum habeatur pro testamento scripto, vel nuncupatiuo.

Nam si valet vt testamentum, sustinebitur substitutio pupillaris, datio tutoris, & alia, quæ sine testamento fieri non possunt. Et econtra, si testamentum non esset, sed tantum ab intestato valeret, omnes illi actus & similes conciderent. Ita *Clar. §. testamentum. q. 13. per tot. & q. 14. num. 6.*

Ita si testamentum sit in scriptis, legata, fideicommissa, & libertas etiam extraneis in tali testamento relinqui possunt. In testamento nuncupatiuo nihil tale fieri potest, vt dictum est supra circa huius iuris historiam, *vers. §. quartum deniq; ius. prope fin.*

Videmus ergo vtilissimam esse huius quæstionis decisionem.

DD. relati dicunt, præcitatam dispositionem esse testamentum in scriptis. Quæro: quibus rationibus permoti hoc dicant.

Respondeo, tres rationes pro illorum sententia colligi posse.

PRIMA hæc est: Quia *in d. §. quod sæpe. in Auth. de trient. & semiss. & in d. Auth. si modo. C. famil. hercisc.* patris & liberorum subscriptiones inter se æquiparantur. Deinde *per gloss. & DD. communiter in d. Auth. quod sine.* textus ille continuatur cum *d. Auth. quod sine.* vt annotauit *Dominus Hart. Pistor. d. quæst. 2. num. 28.* Hinc *Zunt.* scribit *loco relato. numer. 50. & 53.* illos duos textus ita copulatos vt vnus sine alio recte intelligi non possit. Simul ergo legendos censet, & ad vnam atque eandem materiam testamenti paterni accommodat.

Respondeo, hanc rationem nil valere. Nam quod *in Auth. si modo. & in dict. §. quod sæpe.* subscriptio patris & liberorum inter se comparantur, id nil ad materiam testamenti, sed ad diuisionem pertinet. De testamento autem paterno aperta est Imperatoris sententia *in §. 1. Auth. de testam. imperf.* quod illud non aliter valeat, nisi eius manus, aut lingua interueniat. Testamentum ergo non est, nisi scriptura aut nuncupatio patris intercedat.

Ergo quod *gloss. & DD. in Auth. quod sine.* illam Authenticam cum *d. Auth. si modo.* continuant, id cum iuris historia explicata aperte pugnat, & recipi non debet, sicut etiam ostendit *Dn. Hartman. Pistor. d. qu. 2. num 28.* Aliud enim est diuidere, aliud testari. Et de diuisione *Auth. si modo.* de testamento *Auth. quod sine.* loquitur.

SECVNDA ratio hæc est: Quod in materia testamenti paterni non solennis non videatur distinguenda diuisio à testamento: idq; ea ratione doceri posse videtur, quod nuda diuisio atq; assignatio patris in testamento patris habeat vim institutionis.

Vbi ergo institutio, ibi testamentum.

Sed diuisio vel assignatio patris habet vim institutionis.

Ergo vbi diuisio, ibi testamentum.

Respondeo ad minorem: Diuisio vel assignatio patris habet vim institutionis: verum est, duobus concurrentibus, 1. Si diuisio sit vniuersalis de tota hæreditate, aliud, si de rebus fiat certis. 2. cæteris paribus, si scilicet alia substantialia testamenti paterni, de quibus *in d. §. 1. in Auth. de testam. imperf. & in d. Auth. quod sine.* concurrant.

Quare vbi de rebus certis tantum diuisio est facta; aut alia testamenti substantialia desiderantur; ibi diuisio & testamentum, vt formæ separatæ inter se differunt.

TERTIA ratio hæc est: quod testamentum patris inter liberos censeatur secundum meros & puros iuris gentium terminos.

Ergo nihil referre videtur, vtrum de testamento patris constet per patris, vel liberorum subscriptionem.

Respondeo ad antecedens: Verum esse, quo ad probationis solennitatem. Non enim testes ad substantiam requiruntur testamenti paterni, sed tãtum ad probationem. Ergo si aliunde quam per testes, de voluntate testatoris patris pateat, id sufficit. At minime hoc axioma eo torquendum est, vt substantialia testamentorum euertantur: & quod huius consequens est, actus in iure separati & disparati inter se confundantur.

Scriptura patris aut ſubſcriptio cum reliquis ad ſubſtantiam teſtamenti paterni in ſcriptis requiritur.

Ergo ad hoc, vt teſtamentum ſit, minime liberorum ſubſcriptiones ſufficiunt.

CONTRARIA SENTENTIA.

Ergo quod hæc diſpoſitio teſtamentum non ſit, his rationibus conſtat.

I. Quod in eiuſmodi diſpoſitione, quæ liberorum tantum ſubſcriptionem habet, hoc ſubſtantiale tertium teſtamenti paterni deficiat. Ergo teſtamentum non erit.

II. Conſtat, teſtamentum & diuiſionem eſſe diſtinctas in iure formas, non modo ex *d.l.filii.& l.fin.* ſed etiam iure nouiſſimo, vt eſt textus clariſſimus *in d.§. & quod ſæpe.ibi. ſi autem hoc non agat*. Ergo iura, quæ de peculiari forma diuiſionis diſponunt, vt textus *d.§.quod ſæpe d.Auth.ſi modo.cum d.Auth.quod ſine.d.§.1.in Auth.de teſtam.imperfect.* quæ de teſtamenti paterni forma agunt, confundenda non ſunt.

Sed quo pacto inquies, diſtinguitur, ſecundum iura nouiſſima diuiſio à teſtamento paterno minus ſolenni?

Reſpondeo, diuiſionem & de certis rebus atque tota hæreditate fieri poſſe. Si de certis rebus facta eſt, id nihil ad teſtamentum pertinebit, quæ eſt diſpoſitio de tota hæreditate. *Gail.obſer.116.num.7.*

Deinde ſi de tota hæreditate facta ſit diuiſio, non tamen proinde teſtamentum erit, niſi & ipſe teſtator ſcribat, aut ſubſcribat, & reliqua ſubſtantialia teſtamenti deſcripta in *Auth. quod ſine.* concurrant.

Ergo ſi de rebus certis diuiſio facta eſt, aut de omnibus etiam, ita tamen, vt requiſita *d.Auth.quod ſine.* non concurrant, diuiſio, non teſtamentum, erit. Cuius rei exemplum *Dn.Hart.Piſtor.d.q.2.* tractat.

Conſtat ergo illam formam, de qua nobis quæſtio propoſita eſt, teſtamentum in ſcriptis dici non poſſe. Quid ergo erit? Reſpondet *Clarus* vt dixi.

II. Ex hoc requiſito infertur, etſi *Bart.in l.fideicommiſſa.§.1.ff.legat.3.* ſub dubio tamen exiſtimarit, ſchedam inter imbreuiaturas Notarii defuncti repertam, continentem teſtamentum alicuius, inter liberos valituram, & publicari poſſe, etiamſi adſcriptum non ſit, quod eiuſmodi ſchedula coram teſtibus lecta & publicata fuerit: hanc tamen ſententiam veram non eſſe: quum ſpeciale hoc ius ſit, vt diſpoſitio patris inter liberos minus ſolennis valeat, ſi ipſius aut liberorum manu ſcripta, aut ſubſcripta ſit. Ergo ſi manu alterius, ſecus erit. *DD.in d.Auth.quod ſine.ibi Caſtr.nu.3.Alex.num.3. Idem Alex.hic in d.§.ex imperfecto.num.3. VVeſenbec.d.conſ.90.num.8.* Et hanc ſententiam contra Bartolum magis communem *Iaſ.d.Auth. quod ſine. num.1.* & communem *Clar.d.quæſt.14.num.7.* dixit. At ſi eiuſmodi ſchedula coram teſtibus duobus publicata eſſet, cæteris paribus, vt teſtamentum nuncupatiuum valeret. *Andr.Gail.d.obſer.112.num.11.lib.2. Dn.Hartm.Piſt. d.quæſt.1.nu 9.10.& quæſt.2.num.9.cum ſeqq. VVeſenbec.d.conſ.90.num.7.8.9.* Ita procedere etiam poſſet doctrina Bartoli, ſi ſcheda de voluntate & ſententia patris ſic eſſet perſcripta, idq; vel liberorum confeſſione, *Salyc.d.Auth. quod ſine.num.1.verſ. quæro ab extra.* vel alia probatione planum fieret. Nam valeret vel vt diuiſio ſine ſcriptis: *Cyn.d.Auth.quod ſine.num.2.ibi Alberic. numer.1.* aut, cæteris paribus, *u* vt teſtamentum nuncupatiuum. *Iaſ.h.d. Auth. quod ſine. num.1. Benedict. d. verb. teſtamentum. el 1. num.87. Maſcard.loco relato num.67.* 30

u Id eſt, ſi facta ſit nuncupatio & inſtitutio.

IV. Requiritur, vt liberorum nomina in teſtamento paterno exprimantur. *d.§.1.in Auth.de teſtament. imperf.d. Auth.quod ſine. ibi DD. Cephal. d.conſ.377.num.15.* 31

V. Requiritur, vt in teſtamento paterno tempus exprimatur. *d. §.1. d.Auth.quod ſine.* id eſt, non modo annus *x* & menſis, ſed etiam dies. Nam etſi

x Quum textus exigat totum, videtur quamlibet eius ſpeciem requirere.

etsi in scriptura priuata non requiratur dies, aut consul. *l. cum taberna.34.§. idem quæsiit.ff.pign.* Tamen interpretes hic speciale esse contendunt, quod & dies exprimenda sit. *Bald.d.Auth. quod sine. num.4. ibi Angel. num.2. Salyc. num.2. Ias. num.3. Dec. cap.2. num.14. ext. fid. instrument. Clar. d. quæst.14. num.2. Hartm. Pist. d. quæst.2. num.1. & seqq. Mascard. loco relato, num.63. Ceph. d. consil.377. num.20.21.* Et hanc sententiam communem esse perhibent *Natta d. Auth. quod sine. num.3. Clar. d. quæst.14. num.2. Gabr. Roman. lib.4. recept. conclus. tit. de testam. conclus.9. num.15. Mascard. loco relato, num.63. VVesenbec. d. cons.90. num.17. & 19.*

Et licet *VVesenbec.* hanc communem multis impugnet, tamen pro ea dominos Scabinos Lipsenses pronunciasse dicit *Hartm. Pist. d. quæst.2. numer.14.*

De nomine autem Imperatoris, quod ipsum etiam exprimendum putant aliqui, *vt per Cephal. cons.377. num.20. refert Toming. d. quæst.4. num.6.* interpretes inter se variant. *Tib. Decian. cons.34. num.3.4.5. lib.1. & cons.126. nu.3. lib.3.* Vt proinde variantibus sententiis ei parti accedendum sit, quæ cum testamento facit. *VVesenb. d. cons.90. num.18.*

32 VI. Exigitur, vt quantitas relictorum exprimatur. y *d. §.1. d. Auth. quod sine. ibi DD.*

VII. Necessum est, vt non signis, sed literarum consequentia totam voluntatem suam declaret testator, *d. Auth. quod sine.* Quod accipiendum circa substantialia, vbi facile committi falsitas potest, vt circa summam pecuniæ, vel quantitatem rerum, vel vnciarum modum exprimendum, quę signis arithmeticis exprimi non debent, ob procliue falsitatis vicium. In reliquis autem sufficit scripturam factam esse, prout communiter etiam per abbreuiaturas fieri solet. Et de vnciis quidem, in quibus hæredes scripti sunt, diserte *d. §.1.* disponit, quod non signis numerorum, sed totis literis declarandæ sint. Ergo viciatur testamentum, si pro centum ponatur numerus. z *Bart. & DD. d. Auth. Bart. l. quoties. §.1. n.4. ff. hæred. instit. Clar. d. q.14. num.3. Toming. d. q.4. num.6. Mascard. loco relato, nu.63. Graff. d. q.16. nu.3. Cuiac. Nouell.107. idem lib.3. obseruat cap.3. Cephal. d. cons.377. num.17. Zunt. in responso pro vxore. num.52. Cuiac. cons.1. VVesenb. d. cons.90. num.14.*

y Id est, si ex partibus certis aut inæqualiter liberos instituere velit.

z *Bald.* dissentit *d. Auth. quod sine. n.5.* I. Quia (inquit) impleta ratio legis est vt clare legi & intelligi testamentum possit. II. Quia consuetudini est standum, secundum quam ita scribitur. Sed ille contra clarum textum loquitur.

Porro quod de signis dicitur non adhibendis in testamento, idem verum est de legibus & libris iuris. *Bart. d. Auth. quod sine.* vbi tamen ait, hoc non seruari.

Fallit autem hæc doctrina in instrumentis Notariorum. *Bart. dict. Auth. quod sine. num.1.* Nam abbreuiaturæ notæ & agnitæ atq; vsitatæ non reiiciuntur, secundum omnes, *Angel. ibidem num.4. & est text. in l. quoties ff. hæred. instit.*

33 VIII. Requiritur liberorum institutio. Qua de re vltra ea, quæ iam ante ad hunc textum præmisso secundo dixi, addatur *Benedict. d. verb. testamentum. el 1. num.89. Couarr. c. Raynutius. §.1. num.2. & 3. extr. testam. Clar. §. testamentum. qu.8. num.5. Gail. d. obseruat.112. num.9. vers. quinto nostra. Hartm. Pistor. d. qu.1. num.13. Domin. de Magd. de num. testium in testamen. requis. part.1. c.16. num.57. vsq. 137.* vbi sententiam hanc late defendit, & distinctionem inter testamentum paternum solenne & minus solenne reprobat. *Hotom. cons.57. per tot. VVesenb. d. cons.90. num.10.11.12.*

Hæc sententia bona atque verissima est, sed multis modis impugnatur.

Iason *in §. n. hic num.4.* dicit, ita sensisse omnes DD. vsque ad sua tempora: se autem credere, quod hæc sententia non sit vera: quum omissio institutionis sit tantum defectus solennitatis, à iure ciuili introductæ. Idem cum Iasone sentit *Nepos à Monte Alban. de except. c.20. num.6.*

Si de conceptis verbis quæras, quibus institutiones iam olim faciendæ erant, non dubito Iasonem recte sentire. At de re ipsa illi non assentior. Errat ergo Iason in duobus.

1. Quod omnem iuris solennitatem in testamento paterno in vniuersum sublatam existimat.

2. Quod putat institutionem esse merum iuris ciuilis commentum.

Deinde Boerius & alii distinguunt inter testamentum paternum solenne, de quo accipiunt textum *in §. aliud quoque capitulum. in Auth. vt cum de appellat. cognosc.* requirentem institutionem liberorum; & inter testamentum non solenne, in quo nullam institutionem necessariam putant. De qua sententia supra in secundo præmisso dixi: & constat illos, qui hac distinctione vtuntur, non tam de re ipsa, quam de verbis institutionis quærere.

Alii deinde etsi concedunt tituli æqualitatem in dispositione patris inter liberos requiri: tamen vbi testamentum ex causa præteritionis nullũ est, clausulam codicillarem tacitam dispositioni inesse contendunt, & hoc prætextu paternam voluntatem sustinent. de qua sententia semel & iterum sufficienter respondi.

Hoc requisitum declara I. si pater velit testari. aliud, si codicillari tantum velit. *Ioann. Gutterius. de vlt. vol. p. 2. c. 3. nu. 6. 8. Dn. Hart. Pist. d. q. 1. num. 14.*

34 Declara II. Nam in testamento imperfecto qualiacunque verba quo ad institutionem sufficiunt, vsq; adeo, vt & assignationem, aut diuisionem fieri sufficiat. *Boer. d. decis. 267. Couarr. d. cap. Raynutius. §. 1. num. 3. VVesenbec. d. cons. 90. nu. 12.* Et hoc sensu admitti potest, quod aliqui tradunt, institutionem liberorum necessariam, si pater vnum ex illis scribat hæredem. Tunc enim & reliquos fore instituendos. aliud esse, si nemo institutus sit. Nam & hoc casu testamentum dici, *Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 20. nu. 264.* Verum, inquam, hoc est, vbi quidem verbo instituendi pater vsus non est, neque aliter solennem institutionem fecit: sed diuisione, aut assignatione sola pro institutione contentus fuit. At vbi nulla prorsus liberorum facta institutio est, neque solennis, neque minus solennis, ibi testamentum dici non potest: sed ad materiam *d. l. filii. & d. l. fin. supr. fam. hercis.* reuertimur. *Clar. §. testamentum. q. 8. num. 6. Graff. §... q. 11. num. 10.*

35 IX. Requiritur, vt simus in liberis veris secundum naturam, non secundum fictionem *a* & ciuiliter, vt sunt adoptiui. *Dec. consil. 610. nu. 6. vers. adoptiui.*

Inde infertur I. quod non habeat locum in adoptiuis, *Tiber. Decian. cons. 34. num. 6. vsq. 17. lib. 1. cons. 126. num. 4. vsque 13. lib. 3.*

Infertur II. vt non habeat locum, si quis instituat Monasterium. Ita tenent *relati per Mascard. lib. 3. de probat. conclusion. 1352. num. 69.* Et hæc sententia in puncto iuris verior, vt ex iis constat, quæ infra ad limitationem secundam ampliationis primæ dicta sunt. etsi multi contrariam in foro animæ tutiorem esse iudicent.

Hisce concurrentibus, *b* testamentum paternum in scriptis secundum dispositionem *d. Auth. quod sine.* subsistit.

a Vocabula intelligimus naturaliter, non per fictionem. Vnde & appellatione liberorum liberos per naturã intelligimus. late tractat *Tiraqu. ad l. si vnquam. C. reuocan. donat.*

b Ex hisce intelligimus, testamentũ patris minus solenne non esse redactum ad terminos iuris gentium simpliciter. Id enim si ita esset, nihil hisce substantialibus, de quibus dictum est, opus foret.

36 Amplia hanc sententiam I. Nam testamentum patris inter liberos valet, sine omni publicatione, *c* (vt nuper præmisso tertio ad hunc textum, & in principio materiæ de testamentis, verb. *insta. illat. 3.* dictum est) etsi dissentiat *Salycet. d. Auth. quod sine. num. 2.* quem sequitur *Decian. cons. 34. num. 17. lib. 1. consil. 126. num. 13. lib. 3.* & sine testibus. Receptissima namque & magis communis hæc sententia est, quod nulli prorsus testes necessarii sint

c De quæstione, an testamentum ante publicationẽ sit imperfectum ratione solennitatis, vel voluntatis, etiam videatur *Alex. Auth. quod sine. ibi Ias. n. 4.*

ſint pro ſolennitate vel ſubſtantia talis teſtamenti. *Alex.conſ.105.lib.7. Zunt. in reſponſo pro vxore, num.67. Domin.de Magd. in d.part.1. cap.16. num.166. cum ſeqq. & 204.* ſed ſufficiat ſchedam manu patris ſcriptam aut ſubſcriptam eſſe, per prædicta.

37 Hanc primam ampliationem limita 1. vt procedat, ſi conſtet ſchedam eſſe manu patris ſcriptam, vel ſubſcriptam. Nam tunc ſcripturæ ſtandum eſt ſine publicatione & teſtibus. *d* At ſi manus patris eſſe negetur: tum vero teſtes 1. etiam non rogati, 2. fœminæ, 3. & quidem duæ perſonæ ſufficiunt. Haſce enim tres theoricas communiter receptas eſſe conſtat. *Vaſq. de ſucceſſ. creat. lib.2. §.11. num.45. Clar. §.teſtamentum. quæſt.8.num.2.3.4. Zunt. in reſponſo pro vxore num.63. cum ſequentib.* Nam etſi quibuſdam antiquioribus viſum ſit, quinque teſtes neceſſarios fore, vt de codicillis dicitur in *l. fin.* *e* *C. codicillis.* Receptiſſima tamen ſententia eſt, duos ſufficere: *f* Quæ ſententia nullo quidem iuris textu, ſed efficaci ratione probatur: quod *g* videlicet in teſtamento hoc, remiſſa ſit omnis iuris ciuilis ſolennitas, & omnia ad iuris gentium terminos redacta ſint, ſecundũ quod duo teſtes ſufficiunt: quemadmodum & hic regularis modus probandi eſt. *l. vbi numerus.12. ff. teſtib. l. Lucius.41 cum gloſſ. verb. probationibus ff. milit. teſtam. gloſſ. in d.l.fin. verb. vel indiciis. ibi Cyn. num.2. Oldrad. Bart.* h *nu.2. & 3.* dicens gloſſam illam multum notabilem. *Bald. num.7. & 12. Alberic. de Roſ. & Salyc. num.6. Angel. in fin. ſupr. famil. herciſc. Bart. h. §. ex imperfecto. num.3. ibi Iaſ. num.6.7. DD. hic in Auth. quod ſine. ibi Bald. num.1.2.3. Salyc. Caſtr. nu.1. & 2. Alex. num.4. Iaſ. num.1. Benedict. d. verb. teſtamentum. el 1. num.86. Clar. d.q.8. num.2. Dominic. de Magd. d.cap.16. num.2. vbi plures allegat, num.5. num.17.18. & num.166. Natta conſil.423. num.3. & 4. Alciat. reſponſo 33. num.6. lib.6. Cephal. conſ.377. num.46.*

d Teſtes non requiruntur ad ſubſtantiam, ſed ad probationem. Ergo ſi aliter quam per teſtes probari poſſit, idem eſt.

e In omni autem vltima voluntate (excepto teſtamento, id eſt, ſolenni,) quinque teſtes vel rogati, vel qui fortuiti venerint, in vno eodemque tempore debent adhiberi.

f Vide ſupr. in materia teſtamenti, *num.* 430.

g Hęc eſt ratio decidendi. Ratio autem rationis eſt fauor liberorum, *Dominic. de Magdal. ibi numer. 22. cum ſeqq.* Quam cõtra Nattam ibi late defendit *num.47. & 48. & Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. libr.4. interpret.3. dub.2. num.11.* Alia ratio adfertur per eundem *Domin. de Magdal. ibi num.* 37.

h *Bart.* ibi ait: etſi vnus teſtis faciat indicium & ſemiplenam probationem, id tamen non aliter verum eſſe, quam quando vnus teſtis directe deponit ſuper maleficio, ſed ſi deponeret ſuper indicio ad maleficium, tum illud indicium debere legitime probari: Idem ibi habet *Caſtr. num.4. Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib.6. tit.2. num.1.2.3.* Quid autem indicia ibi ſint, docet *Cuiac. conſult.1. & Nouella* 107.

Et quinq; modi probandi hoc caſu traduntur, puta, 1. confeſſio, 2. duo teſtes, 3. comparatio literarum, 4. vnus teſtis cum coniectura, puta, epiſtola, 5. indicia. *Zunt. in reſponſo pro vxore, num.57. cum ſeq. 68. cum ſequent. & 80. cum ſeqq. Dn. Hart. Piſt. d. quæſt.1. num.5.* etſi de comparatione *i* ſola poſt alios diſſentiat *Tiber. Decian. conſ.34. num.18. lib.1. conſ.126. num.14. lib.3. Ceph. d. conſ.377. num.46.47.*

i De comparatione literarum omnino videndus *Iacob. Menoch. de arbitr. iudic. lib.2. centur.2. caſu* 114. Non tantum literarum, ſed & ſtyli comparatio facienda eſt: *Bald. l. vnic. num.4. ſupra Iuſtin. C. confirman.* Nam alias valde lubricus error in ſcripturis eſt. Exemplum habes ſupra, *num.* 264. Titus Veſpaſianus Imp. omnia chirographa dexterrime imitatus eſt.

Maximilianus I. ſecretarium habuit, qui ipſius manum adeo imitari poſſet, vt Cæſar ſcripturam, ſuum chirographum eſſe ſerio profiteretur. P. M. D. IV. T.

38 II. Limita hanc ampliationem, *k* quando liberis extranea perſona, quo ad inſtitutionem fuit à teſtatore permixta.

Nam hoc caſu diſpoſitio, quo ad extraneam perſonam corruit, & totũ liberis accreſcit. *d.l.fin. ibi DD. C. famil. herciſc. tex. in d. §. ex imperfecto. hic, ibi DD. Clar. §. teſtamentum. q.10. Vaſq. de ſucc. progr. lib.2. §.14. n.120. lib.3. §.23. n.107. Dom. de Magd. d part.1. cap.16. n.196.197. & part.2. c.7. n.5.6. Graſſ. §. teſtamentum. q.14. n.1. Ceph. conſ.72. n.18.19. Idem conſ.377. n.24. cum ſeqq.* vbi etiam de fideicommiſſo vniuerſali loquitur. *l*

k Quod videlicet ſola manus patris ſufficiat ſine publicatione & teſtibus.

l In teſtamento non ſolenni condito inter liberos, fideicommiſſum relinqui poteſt, id eſt, particulare. Sed de vniuerſali contendit Cephal, idem indicandum, quod de inſtitutione.

Existimat tamen *Ruin. in consil. 1. num. 11. & seqq. lib. 2.* si coram quinque testibus pater testatus sit, in illo testamento etiam extranei institutionem valituram. Quæ sententia iuri parum congruit. *Dominic. de Magd. post alios d. part. 1. c. 17. num. 11.*

Ruinus, nisi plurimum fallor, male consuluit. Eius ratio hæc est: Pater (inquit) habet duplicem viam testandi inter liberos: 1. est ex *l. hac consultissima. §. ex imperfecto.* coram duobus testibus, si scilicet testes adhiberi velit. Hoc casu extraneus non potest institui: quia lex vlterius processit, ita declarando, quod talis institutio corruat. Et sic casus iste est clarus, quod lex voluerit hoc priuilegium pertinere ad extraneos. II. Via est ex *d. l. hac consultissima. §. si quis autem.* Ibi enim cautum est, quod venientes ab intestato primum locum tenentes institui possint coram quinque testibus. Pater ergo liberos primum locum tenentes non tantum iuxta *d. §. ex imperfecto.* & iura eo pertinentia, sine testibus, vel coram duobus testibus: sed etiam iuxta *d. §. si quis autem.* instituere potest coram quinque testibus. Et hoc postremo casu cum liberis primum gradum tenentibus, institui etiam possunt extranei, secundum Ruinum. Quia (inquit) hic casus multum differt à priori, 1. maior solennitas intercedit, 2. Ideo iura hoc in casu institutionem non annullarunt, quo ad extraneos. Verum hæc sententia Ruini quam longissime à iuris veritate abest.

Tum (1) quod in *d. § ex imperfecto. & d. l. fin.* m non distinguatur, vtrum coram duobus vel quinque testibus vltima voluntas confecta sit.

m Iura hæc loquuntur generaliter, & non distinguunt, duo an tres, quatuor aut quinq; testes adhibeantur. Quinimo text. *l. hac consultissima.* in fine, ad quem textum *§. ex imperfecto.* refertur, de septem testibus loquitur, qui tamen non subsignarunt, & non subscripserunt. Ergo *d. §. ex imperfecto.* non potest ad duos testes restringi.

Tum (2) quod in *d. §. 1. in Auth. de testam. imperf. & d. Auth. quod sine.* patri inter liberos minus solenniter testanti, non plus permittatur, quam vt extraneis legata, fideicommissa, aut libertates coram testibus relinquat. Ergo instituere extraneum non licet. Et quidem textus non distinguit, duo ne an quinque testes adhibiti fuerint.

Tum (3) quod quo ad institutionem extraneæ personę ordinaria testamentorum solennitas requiratur. Cui regulæ iuris tantisper standum, donec de exceptione doceatur. Quinimo ex *d. l. fin. & d. § ex imperfecto.* satis paret personam non priuilegiatam concurrentem cum priuilegiata non gaudere priuilegio quantum ad hoc, vt actus sustineatur. *Ias. hic in d. §. ex imperfecto. num. 12.*

Si autem in testamento paterno minus solenni aliquid legati, aut fidei- 39
commissi titulo extraneis personis relictum esset, testes necessarii forent. *d. §. 1. in Auth. de test. imperf.* id est, duo ad minimum, qui etiam sufficiunt, quo ad testamentum probandum, si manus patris in dubium reuocetur. Nam tale testamentum, hoc solo excepto, quod testes requiruntur, nihilominus tanquam testamentum inter liberos iudicatur, attento eo, quod principaliter est dispositum, & principali interesse, quod est hæredum, non autem legatariorum, aut fideicommissariorum, *Cephal. d. cons. 72. num. 14. 15. 16. d. cons. 377. num. 23. 25. plures citat Dn. Iacob. Toming. q. 4. nu. 4. VVesenb. d. cons. 90. nu. 5. Zunt. in responso pro vxore, num. 51.*

Quæ sententia vsque adeo vera est, vt etiam in legatis ad pias causas duo testes necessarii sint, vt est textus clarus in *d. §. 1.* de libertatibus relictis loquens. Atque ita collegium iuridicum Lipsense pronunciasse testatur *Dn. Toming. d. q. 4.* refert *Dn. Hart. Pist. d. q. 1. num. 4.*

Huic sententiæ, quod in legatis aut fideicommissis particularibus relictis in testamento non solenni testes duo requirantur, duo opponuntur.

I. *Vasqu. de success. resolut. lib. 1. §. 1.* contendit, si pater animum testandi inter liberos

habe-

habeat, & coram quinque testibus disponat, & aliqua legata extraneis det, illa tamen non esse valitura.

Non (inquit) valent illa, vt ex codicillis, quia pater animum codicillandi non habuit. Non valent vt ex testamento, (id est, respectu extraneorum) quia quinque testes ad testamentum non sufficiunt.

Hęc sententia Vasquii pugnat cum *d.* §.*1.& cum.d.Auth.quod sine.* vbi clare deciditur, ex testamento etiam non solenni extraneis legata & fideicommissa relinqui posse: & dispositio ociosa esset, si septem testes forent necessarii.

II. Alii dicunt, piam causam habere priuilegium *Auth. quod sine.*

Ergo sicut ad testamentum paternum nulli testes omnino necessarii sunt: sed satis est, si de manu patris testatoris constet: ita iudicant, idem omnino dicendum in legatis, in tali testamento ad piam causam relictis.

Et qui hanc sententiam tuentur, illi sese fundant *in d. Auth. quod sine.* vbi quum textus de testamento paterno non solenni loquutus esset, tandem hæc verba addit: in quo (id est, testamento) & aliis legari, & fideicommitti, & libertas relinqui potest. Hic (inquiunt) textus nullos testes requirit: sed simpliciter dicit, in tali testamento legari & libertates relinqui posse. Est autem libertatis causa pia. Et æquum sane est, vt idem iudicetur de legata libertate, id est, de accessorio, quod iuris est de principali, id est, de institutione. At institutio nullos requirit testes.

Si hoc argumentum concluderet, idem de legatis & fideicommissis aliis, quod de pia causa iudicandum foret. Nam textus *in Auth. quod sine.* non tantum de relicta libertate, sed etiam de legatis & fideicommissis meminit. Occasio autē huius erroris est, quod Irnerius, aut quisquis ille est, qui iura Nouellarum Codici inseruit, textum *d.* §.*1. de testament. imperfect.* non fideliter transscripserit: in quo clare à Iustiniano constitutum est: si parens extraneis legata, fideicommissa, aut libertates relinquere velit, quod id coram testibus facere debeat. Hunc textum si inspexissent DD. non errassent. Et refert similia exempla *Dn. Hart. Pist. d. q. 2. num. 5.* in quibus Nouellæ transscriptæ non vsque adeo bene cum textu in Authenticis congruunt.

1 Refutatio ab absurdo.
2. In argumento committitur fallacia diuisionis.

40 Atq; hinc constat, etsi multi interpretes senserint, quod decisio *Auth. quod sine.* etiam in testamento ad pias causas locum habeat, vt scilicet piæ causæ & liberorum æqualis conditio sit. *Ias. in l. 1. num. 17. C. de SS. Eccles. Dec. cap. 2. num. 14. extr. fid. instrum.* Et ita omnes tenere dicat *Alphan. in collecta. ad textum nostrum hic. num. 324. Ruin. cons. 71. num. 16. lib. 3.* Hanc tamen sententiam non modo dubiam, *Dominic. de Magdal. d. part. 2. cap. 7. num. 22.* sed & falsam esse. Eam ob causam, quod testamentum ad pias causas ad iuris gentium terminos redactum sit: vt proinde in eo duo testes requirantur. At maior testamenti paterni fauor est, vt ex *d.* §.*1. in Auth. de testament. imperf. & ex d. Authent. quod sine.* patet. Ergo verius est, decisionem *d. Auth. quod sine.* ad testamenta ad pias causas non pertinere. *Clar.* §. *testamentum. q. 7. num. 1. Graff.* §. *testamentum. q. 18. num. 8. versic. quaro item. VVesenb. d. cons. 90. num. 9.*

41 Amplia 2. Nam licet aliqui voluerint testamentum parentum minus solenne non aliter valiturum, quam si æqualitatem inter liberos obseruent in testando, aut certe non vsq; adeo magnam inæqualitatem introducant. *Molin. l. 1.* §. *si quis ita. nu. 93. ff. verb. oblig. Sim. de Prat. de interp. vlt. vol. lib. 4. interpr. 3. dub. 2. nu. 9. 10. 11. Molin. ad Alex. cons. 168. nu. 3. lib. 5. Dec. cons. 105. num. 6. ibi Molin. in addit. Plures refert Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 6. tit. 2. num. 11.* Quæ sententia quinque fundamentis nititur, de quibus priora quatuor *Mant. loco relato nu. 9. cum seqq.* adfert & dissoluit. Quintum autem atq; posterius (quod videlicet priuilegium minus solenniter testandi parentibus concessum sit fauore liberorum: Vt proinde in liberorum odium retorquendum non sit. quod fieret, si nimis inæqualiter testaretur) præ

n *Domin. de Magdal.* late ostendit contra *Nattam, Manticam*, & alios, quod & *Sim. de Prat.* facit, fauore liberorum tributum esse parentibus, vt minus solenniter testari possint. Hanc tamen rationem nihil obstare, quo minus pater inæqualiter testetur, modo tituli æqualitatem obseruet, & liberis legitimam suam relinquat. Docet idem *Dominic. de Magdal loco relat numer.* 137. *vsque* 166. Vtrumque ergo verissimum esse ostendit: & quod vera hæc ratio sit: & quod inæqualitati nihil refragetur: inæqualitati, inquam, portionum.

cæteris latissime explicat *Domin. de* n *Magd.d.part.1.c.16.num.22.vsque 166. & maxime num.137.& 163.cum seq.* vbi ad hanc interpretũ obiectionem sufficienter respondet: Tamen multis præstantibus Iureconsultis per *Mantic. loco præcitato, num.12. vers. & hac sententia.* relatis, aliud visum est: quod testamenta parentum etiam minus solennia viribus subsistant, siue inæqualitas parua, siue magna sit, dummodo parentes tituli æqualitatem obseruent, & liberis suam legitimam relinquant.

Tum (1) per textum nostrum hic, & *d. §.1. in Auth. de testam.imperfect. & d. Auth. quod sine.* in quibus traditur regula generalis, quod testamentum minus solenne inter liberos valeat: à qua regula casus iste, vbi pater inæqualiter testatur, non reperitur expresse exceptus. Ergo regulæ inhærendum erit. *Mant.loco relato num.11.vers.secundo probatur.Domin.de Magd.d.c.16.num.150.gl.in l.omnis definitio.ff.reg.iur.Dec.l.1.num.6.7 ff eod.*

Tum (2) per textum *d. l. filii.& d. l. fin.* in quibus deciditur, quartam ex Senatusconsulto Trebelliano posse retineri: cui Senatusconsulto locus esse non potest, nisi filii inæqualiter instituti præsupponantur. Cæterum ad hæc iura o text. *d.§.n.hic.cum Auth.quod sine.*referuntur. *Mant.ibidem num.11.vers.sed contraria sententia.Dn.Hart.Pist.d.q.1.num.11.*

o Leges relatiuæ eandem habent interpretationem.

Tum (3) quod leges nostræ æqualitati quidem inter liberos faueant: 41
(Quum vt p inæqualitas inter liberos litium & discordiarum causa existere, ita æqualitas concordiam & charitatem inter fratres alere soleat. *l. cum oportet.6. §. non autem .in fin. infr.bon.quæ libe.* Vt proinde & parentes ad æqualitatem inter liberos obseruandam inuitent: *§. illud quoq; qui est §. fin. in Auth.de nuptiis.*& pro ea, quantum omnino fieri potest, laborent. *l. fin.tl. supr. commu. vtr. iudic.* quod & ex successione legitima, quam inter liberos ęqualem esse iura volunt, *l.inter filios.11.supr.famil.hercisc.*& ex materia collationum liquet. *l. vt liberis.17. ibi Dec. n.3. C.collat.*) Ad æqualitatẽ vero aliam quam tituli parentes non adstringant: sed potius permittant, si vnum forte magis dilectum aliis præferre velint, vt hoc facere possint: dummodo non adeo inæqualiter sese habeant, vt nec legitimã cæteris derelinquant. *d.§.illud quoq;. d.l.filii.d.l.fin. Auth.nouissima.cum ibi not.supr.inoff.test. Mant.d. tit.2.nu.5.cum seqq.Dom.de Magd.d.c.16.nu.43.cum seqq.& nu.137.cum seqq.*

p Exempla sunt in historia sacra, de Esau & Iacob, de filiis Iacob & Ioseph.

Tum (4) quod in *d. §.1. Auth. de testam. imperf.* Imperator statuerit, parentes, qui minus solenniter testari velint, numerum vnciarum, ex quibus liberos instituere velint, exprimere debere. Vnde certissima consequentia concluditur, parentibus liberos inæqualiter instituere licere. Nã vbi vnciarum expressio necessaria est, ibi inæqualitas est: Vt econtra, nullis partibus nominatis, æqualiter successio fit. *l.quoties.9.§.hæredes.ff.hæred. instituen. Ita gl. in d.§.1. verb.vncias. Mant.d.tit.2.num.15.*

Vt proinde hanc contrariam opinionem communem, *Vasq.de success.resolut.lib.2.ad l.si mater. num.18.C.inoffic.test.* imo magis communem & veriorem dixerint, *Clar.d.q.14.num.8. Andr.Gail.d.obser.112.num.19 Mant.d.tit.2. num.12.versic.& hac sententia.in fin. Domin.de Magd.d.c.16.num.45.& 150. Dn. Hart.Pist.d.q.1.num.11. Graff.d.§.testamentum.q.11.num.8.*

Hanc tamen secundam ampliationem declara. Nam licet parentes 43
inæqualiter testari possint inter liberos, vsque adeo, vt sufficiat, liberis legitimam relictam esse: id tamen isto solummodo casu locum obtinet, vbi libero-

liberorum æqualis est ratione natiuitatis conditio, puta, quia omnes sunt legitimi & naturales. At si vero aliqui naturales & legitimi simul, alii legitimati sint, non licet patri plus relinquere legitimato quam legitimis & naturalibus liberis, *Rol. à Vall. conf. 95. per tot. lib. 3.* Atq; ita intelligendum, *q* quod dicitur, textum *n. hic. cum Auth. quod sine.* etiam in legitimatis liberis procedere. *Clar. d. q. 12. num. 3. Dom. de Magd. d. c. 16. num. 199. & 200.* qui plurima in id adducit, & hanc post *Clarum*, communem dicit.

q Decius tamen *conf. 610. n. 4. 5.* contendit, hunc textũ tantum loqui in legitimis & naturalibus liberis, non in legitimatis. Vide eum. Et quidẽ maxime contendit, in legitimatis per dispensationem, textum nostrum non procedere.

Amplia 3. in testamento patris cæci, qua de re videantur, quæ dixi supra de testamento cæci, limitatione secunda.

Amplia 4. vt procedat in omnibus liberis in infinitum, si tamen eiusdem gradus, & vna ab intestato successuri sunt, puta, quia testator & nepotes de filio præmortuo, & filios superstites habet. *Cephal. d. conf. 27. nu. 8. 9. Domin. de Magd. d. c. 16. num. 178.*

Nam text. *d. l. fin.* diserte requirit, vt liberi pares sint, ad quem textum §. *n.* hic refertur, vt clare Iustinianus indicat in *Auth. de testam. imperfect. in princ.* vbi de extensione quidem *d. l. fin.* à Theodosio per textum nostrum facta, de correctione autem nihil meminit: non omissurus illud quidem, si Theodosius decisionem *d. l. fin.* paritatem inter liberos requirentem, correxisset: quum illi hoc propositum fuerit, vt quid & Theodosius de illa lege Constantini constituisset, & quid ipse porro statuendum putauerit, explicaret.

Et hæc sententia in puncto iuris verior esse videtur, quam & defendunt *Alciat. conf. 32. num. 3. lib. 9 Rolan. à Vall. conf. 89. nu.... lib. 3.* Plures in id citat *Dn. Hart. Pist. d. q. 1. num. 16.*

Contraria tamen opinio, quod textus *d. l. fin.* per textum nostrum hic correctus sit, & proinde non distinguatur, pares ne an impares liberi sint, receptior est, vt testatur *Boer. decis. 241. num. 3.* quem refert *Clar. d. q. 12. num. 5. Dn. Hart. Pist. loco relato.*

44 Amplia 5. vt textus noster non in patre solum, sed & in matre procedat. Ita enim Theodosius textum *d. l. fin.* ampliauit, vt indicat Iustinianus noster in *princip. Auth. de testam. imperf.* Necesse tamen est, vt liberi sint legitimi & naturales simul, vel legitimati. Nam §. *n. hic* ampliationem proponit ad *d. l. fin.* Ergo secundum illum textum in suis & emancipatis, & per consequens in liberis legitimis & naturalibus simul loquentem, intelligendus est. Ita *DD. in d. l. fin. ibi Bald. & Angel. num. 1. DD. hic, ibi Angel. & reliqui.* Quæ sententia communis est, & de plano procedit respectu patris & lineæ paternæ, *DD. hic. ibi Alex. num. 6. Ias. num. 4. Benedict. d. verb. testamentum. el 1. num. 83. 84. 85. Clar. d. q. 12. num. 1. 2. 3. Gail. d. obs. 112. num. 14. 17. 18. Dn. Hart. Pist. d. q. 1. num. 21. Domin. de Magd. d. c. 16. num. 199. Alciat. consil. 33. num. 7. lib. 6.*

At in matre non distinguitur inter naturales & legitimos, *DD. hic. ibi Alex. & Ias. locis relatis. Boer. decis. 140. num. 12. vsque 20.* & in hoc omnes concordare dixit *Benedict. d. verb. testamentum. el 1. num. 84. Clar. d. q. 12. num. 2. Gail. d. obseruat. 112. num. 16. Dn. Hart. Pist. d. q. 1. num. 15. Domin. de Magd. d. c. 16. nu. 199. Graff. d. § testamentum. quæst. 15. num. 1. & seqq.* Quibus locis DD. hanc ampliationem latius tractant.

Hæc est antiqua disputatio DD. Nam aliqui existimarunt, *text. n. hic.* tantum procedere in liberis legitimis & naturalibus simul, aut in legitimatis, non in naturalibus, ea ratione, quam adduxi, quod textus noster amplians necessario referri debeat ad textum *l. fin. ff. famil. hercisc.* qui de naturalibus haudquaquam intelligi possit. &

multas

multas alias rationes adducit *Salycet. dict. leg. fin. numer. 2.* licet ipse hanc sententiam non probet.

Speculator & post eum Bartolus, atque alii contrarium tenuerunt, quod videlicet *text. n.* etiam procedat in naturalibus liberis. & rationes huius sententiæ refert *Bened. d. verb. testamentum. el 1. num. 83. 84. 85.*

Hanc controuersiam DD. fœdere distinctionis componunt, vt in patre necessarium sit, liberos legitimos & naturales simul, vel legitimatos esse: quum hoc text. *d. l. fin.* requirat. In matre autem sufficiat naturales esse, quum ad matrem & maternam successionem quod attinet, nulla differentia fiat, naturales ne & legitimi simul, an naturales tantum liberi sint.

Nota, *§. n. h.* referri ad *l. fin.* respectu matris, quatenus id subiecta materia admittit. *L. fin.* loquitur de suis & emancipatis, id matri non congruit. Ergo hactenus nõ fit relatio: sed catenus tantum, quatenus ius patri & matri ex æquo conuenit.

Neq; obstat, quod dicitur, *§. n. hic.* ad textum *d. l. fin.* referri, & ampliationem proinde iuxta regulam intelligendam. Nam respondeo, de omnibus casibus sub regula comprehensis, idem iudicandum secundum quid, in iis videlicet, quæ communia habent, & communia habere eos oportet, ad hoc, vt sub regula comprehendantur. Non autem necesse est hactenus omnium casuum sub vna regula comprehensorum æquiparationem fieri, vt substantia aut natura etiam actus euertatur, aut iurium correctio per hoc inducatur.

Ita in hac materia quædam patri & matri communia, quædam cuiusque singularia sunt. Regula est: Dispositionem minus solennem valituram vt diuisionem, aut hodie vt testamentum. in hoc conuenire eos satis est. At in patre peculiariter requiritur, vt liberi legitimi & naturales simul, vel legitimati sint: quod in matre necesse non est: quum hac in parte inter patrem & matrem differentia sit. Neque enim matris respectu liberos suos aut emancipatos dicimus. In textu ergo *d. l. fin.* quædam *κοινῶς* requiruntur, quæ vtrique vna conueniunt: quædam specialiter necessaria sunt in patre quæ ad matrem extendenda non sunt.

Amplia 6. ad patrem quod attinet, vt hæc sententia procedat in suis & emancipatis, *d. l. fin.* & in descendentibus ex filia. *Vasqu. de success. resolut. lib. 1. §. 1. num. 39. Domin. de Magdal. d. c. 16. num. 199. Graff. d. q. 15. num. 5.*

Amplia 7. in liberis, qui alioquin ex statuto, vel pacto ab intestato successuri non essent. *DD. hic, ibi Alex. n. 10. Ias. n. 14. Bened. d. verb. testamentum. el 1. n. 81. Clar. d. q. 12. num. 4. Dn. Hart. Pist. d. q. 1. n. 17. Dom. de Magd. d. c. 16. n. 203.*

Amplia 8. in testamento militis, *VVesenb. consil. 38. num. 69.*

Amplia 9. vt hoc testamentum non solenne sit proprie & vere testamentum. *Bald. in d. l. filii. n. 5. 6. ibi Salyc. n. 3. Clar. §. testamentum. q. 13. per tot.* Et hanc sententiam communiorem & veriorem esse, refutatis omnibus contrariis rationibus, latissime probat *Dom. de Magd. d. cap. 16. nu. 212. vsque 260.* 45

Ex hac ampliatione infertur 1. liberos institutos succedere vt ex testamento, & dici hæredes testamentarios, *Salyc. d. Auth. quod sine. num 3.* quæ est communis. *Clar. §. testamentum. q. 14.* vbi vtilitatem huius doctrinę monstrat, *& Domin. de Magd. d. c. 16. num. 229.*

Infertur 2. pupillarem substitutionem in testamento tali fieri posse. Ita post *Bart.* censere *Alex. hic, in d. §. num. 9. Ias. num. 1. Clar. §. testamentum. q. 13.* Quod verum, quando substituitur vnus ex liberis, aliud si extraneus, Quæ est communis. *Clar. d. §. testamentum. qu. 10. nu. 2. Graff. d. §. testamentum. q. 14. num. 2.*

r Dixi de *Auth. hoc inter.* supra, & infra, denuo quædam repetentur. Loquitur illa Auth. quãdo in secundo testamento instituti sunt extranei, vt infr. *dict. Auth. hoc inter.* exponitur. Quod nota, ne alias quæ hic dicuntur, cum seq. illatione pugnent.

Infertur 3. Nam testamentum minus solenne inter liberos, iuxta textum *d. Auth. quod sine. & d. §. 1. in Auth. de testam. imperf.* confectum, non tollitur alio posteriore testamento, nisi secundum formam *Auth.* r *hoc inter. ibi DD. hoc tit. §. & si quidem. ibi Cuiac. in Auth. de testam. imperfect. Bened. d. verb. testamentum. el 1. num. 88. Cuiac. lib. 3. obseruat. c. 3.*

Infertur 4. Nam per testamentum minus solenne posterius reuocatur testamentum prius solenne, non modo si in primo extranei instituti fuerunt: *Castr. Auth. hoc inter. num. 6. C. hoc tit.* de quo nemo vnquam dubitauit,

uit, vt dicit *Domin. de Magd. d. cap. 16. num. 231.* Verum etiam si in primo solenni etiam liberi essent instituti. Nam vt prius testamentum tollatur per posterius, sufficit, quod posterius habeat sua substantialia requisita, quamuis longe minorem habeat solennitatem *s* priore. In quam sententiam multos adducit *Gabr. Roman. lib. 4. recept. conclus. tit. de testam. conclus. 7. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 6. tit. 2. num. 17. Zunt. in responso pro vxore. num. 597.* qui hanc sententiam late prosequitur & probat, *Domin. de Magd. d. c. 16. nu. 230. cum seqq.* vbi hanc *t* veriorem & communiorem esse dicit. plura in id etiam cumulat *Graff. § testamentum. q. 86. num. 8.* Qua tamen de re ea videnda erunt, quæ in *Auth. hoc inter.* sequente, D. V. dicentur.

s Contrarium decidit *Ruin. cons. 9. n. 16. lib. 2. arg. § si quis autem in hac leg. n.* Sed verius est illius textus materiam separatam esse à materia testamenti paterni.

t Procedit hæc sententia, si posterius testamentum liberis sit fauorabilius, vt infra in *Auth. hoc inter.* traditur.

46 Infertur 5. quod in eiusmodi testamento non solenni etiam exhæredatio fieri possit. *Benedict. d. verb. testamentum. el 1. num. 73. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 6. tit. 2. num. 15.* Verius autem est, quum à materia *d. l. filii & d. l. fin.* exhæredationes & præteritiones exclusæ sint, & hæc iura tantum istis casibus loquantur, vbi de solennitate legũ deficiente quæstio est: quod proinde à textu n. h. atq; à præcitatis Nouellis, quæ ad *d. l. filii. & d. l. fin.* referuntur, hæ odiosæ materiæ exclusæ sint. Atque ita de præteritione concludit *Roman. cons. 179. num. 13.* communem dicit, & latissime defendit *Dominic. de Magdal. d. c. 16. num. 54. & 64.* Et de exhæredatione in terminis nostris consuluit. *Dn. Hotom. cons. 53. num. 3. cons. 57. num. 18.*

Sed quæritur, an talis voluntas saltem vt voluntas intestati valeat, propter tacitam clausulam codicillarem. Respondent multi quod sic. *Graff. §. testamentum. q. 11. num. 10.* Vera autem decisio patet ex superioribus, quod clausula contra mentem testatoris nihil operetur. Clausula eo tendit, vt omnes vocentur. At qui exhæredat, ille excludere vult.

Infertur 6. quod in tali testamento tutor dari possit. *Bart. h. in d. §. ex imperfecto. ibi Bald. num. 9. Angel. Alberic. Salyc. num. 7. 8. Castr. num. 5. Alex. nu. 2. Ias. in fin.* Quorum omnium sententiam & distinctionem erudite explicat *Clar. §. testamentum. q. 10. num. 3. 4.*

47 Limita hanc materiam I. Nam etsi sine legum solennibus testamenta parentum fieri possint: nutu tamen testamentum patris *u* inter liberos non conditur. Textus namque in *d. §. 1. in Auth. de testam. imperfect.* parentis manum aut linguam requirit, vt testamentum subsistat. *Alex. ad textum n. h. num. 8. Clar. §. testamentum. q. 8. nu. 7. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 6. tit. 2. nu. 4. Dom. de Magd. d. c. 16. num. 205. cum seqq. Alciat. cons. 167. num. 1. 2. 3. lib. 9. VVesenb. d. cons. 90. num. 6.* Valet tamen talis dispositio, vt codicillus. Nam clausula codicillaris testamento patris inest, *x* per prædicta: & codicillus nutu fieri *y* potest, *Ceph. cons. 546. num. 55. l. nutu. 22 ff legat. 3. l. & in epistola. 22. infr. fideicom.* Quæ tamen vera non sunt: si aut subiecta materia clausulam tacitam codicillarem respuat, vt quia de vnius vel plurium liberorum præteritione agitur: iuxta prædicta: aut alia deficiant, quæ ad hoc, vt nutu fideicommissum relinqui possit, desiderantur. de quibus eleganter disserit *z* *Molin. in l. 1. §. si quis ita. num. 26. cum seqq. ff. verb. obligat.*

u Aliqui tamen ex æquitate Canonica testamentum nutu fieri posse contendunt. Vide *Cephal. cons. 546. nu. 52.* & quidem de testamento ad pias causas id DD. communiter tradunt in *l. iubemus. infr. eod.* Et quemadmodũ Empiricorum remedia contra omnes morbos valent: Ita æquitas Canonica apud plerosque omnia potest.

Fallit

x Imo idem in aliorum dispositionibus, vt declaraui supra circa testamentum cæci, circa requisitum 9. vbi *gl. huius l.* declaraui. Nam de clausula codicillari, vtrum ea testamento insit, vel non insit, disputamus, quando constat aliquem testari voluisse. At vbi de eo non constat, tum inspicimus substantialia actus, ex quibus de voluntate testatoris iudicium facimus. Ergo si dispositio vt testamentum non valet, valet vt codicillus, si eius substantialia concurrant.

y Ita si quis interroget aliquem, an bona relinquere velit vxori, & ipse capite annuat, valebit relictum vt fideicommissum. *Ias in l. 1. §. si quis ita. ff. verb. oblig. ibi Zas. num. 111.* Quod accipe, cæteris paribus, id est, secundum ea, quæ dixi supra de testamento cæci, vbi quæstionem de testamento ad interrogationem factam explicui.

z Ergo hic, vbi de testamento paterno agitur, 1. requiritur materia habilis. Non enim indistincte verum est, quod in testamento patris clausula subintelligatur. 2. requiritur voluntas seria disponendi. 3. loquendi capacitas, nisi inter disponendum morbus superueniat, vt quis mutus efficiatur. Videantur quæ dixi, ad 1. testamenti requisitum, illatione 3. de testamento surdi & muti, ampliatione 2. 4. testes. Videatur Molin. loco relato.

Fallit 2. Nam non idem in sigillo, quod in manu & scriptura patris est. 48
Vbi enim manum patris esse constat, res certa est: & nihil causæ adferri potest, cur testamentum cæteris paribus subsistere non debeat. At circa sigilla facile fraus admittitur. Ergo non idem ius hic statui potest. *Domin. Hartm. Pist. d. q. 1. num. 8. VVesenb. d. consil. 90. num. 5. 9.*

Non modo circa sigillum, sed & circa scripturam falsitas admitti potest.

Titus Vespasianus quæcunq; vellet chirographa imitabatur dexterrime.

Ita quum Ioannes Damascenus Theologus insignis apud Theodosium Cæsarem magister epistolarum esset: quidam stylo illius assimilato, literas proditorias scripsit.

Ita factum, vt ille optimus vir in proditionis suspicionem veniret: & illi manus amputaretur. Sed postea illius innocentia deprehensa fuit.

Ergo vbi de comparatione literarum, aut de scriptura disputatio incidit, iudices circumspectos esse decet, vt veritatem subtiliter inuestigent. §. *si vero tale. &* §. *si vero moriantur. in Auth. de instrum. caut. & fide. Menoch. de arbit. iud. lib. 2. cent. 2. casu 114.*

Non tamen ita procliue falsitatis vitium in scriptura ac in sigillo est.

Nam alienum sigillum ceræ imprimere nemini non facile, si eius potestatem habeat: At non ita aliorum manus dextre omnes imitari possumus.

Verum contra hanc fallentiam ita argumentor:

Subscriptio patris, de qua constat, hoc operatur, vt testamentum habeatur pro testamento in scriptis.

Sed sigillum, quod sigillantis, & eius manu appositum est, idem operatur quod subscriptio.

Ergo sicut manus patris facit testamentum in scriptis: ita idem erit in sigillo.

Quod sigillum obtineat vim subscriptionis, id tradunt *Bart. in l. quæ dotis. num. 27. ibi Alex. num. 38. Ias. num. 94. ff. solut. matr. Specul.* §. *videndum. num. 14. tit. de probat. Rom. in leg. admonendi. num. 66. ibi Castr. num. 42. ff. iureiur. Lanfr. c. quoniam contra. verb. instrumentorum productionis. num. 75. extra probat. Schurf. consil. 17. num. 13. libr. 1.* & quæ hoc casu necessaria sint, eleganter docet *Menoch. de arbitr. iud. lib. 2. cent. 2. casu 113. Ludolph. Schrad. in repet. c. cæterum. ad princip. vers. quodq; illud quod traditur.*

Respondeo. Quatuor esse terminos in argumento. Subscriptio patris facit testamentum scriptum.

Sigillum cæteris paribus, habet vim subscriptionis κατά τι non autem est subscriptio.

Hic requiritur subscriptio pro substantia & forma. At quæ exiguntur pro forma, non possunt adimpleri per æquipollens.

Fallit 3. Nam non idem priuilegium tributum est liberis inter parentes *a* testantibus. textus h. in illis verbis, inter solos liberos, *ibi Alber. & Alex. num. 7.* dicens communem, *Ias. num. 4. DD. in d. l. fin. ibi Bald. nu. 5. Salyc. num. 3. Boer. decis. 140. n. 22.* dicens, hanc vsq; adeo receptam, vt vnum tantum repugnantem habeat, Curtium videlicet Iuniorem in *d.* §. *n. hic. nu. 4.* cuius rationes leuiores esse *Vasq.* scribit, quam vt refutatione egeant, *de success. creat. lib. 3* § *21. nu. 61. Bened. d. verb. testamentum. el 1. nu. 85. Clar. d. q. 12. nu. 6.* qui ipse quoq; hanc communem esse testatur, licet contrariam Curtii opinionem in puncto iuris forte veriorem dicat, *Gail. d. obser. 112. num. 22. vers. quarto limita. Domin. de Magd. d. c. 16. num. 180. vsq; 196.* qui hanc late probat, omnibus contrariis refutatis, *Grass.* §. *testamentum. q. 15. num. 6.* 49

a Ratio decidendi ad hoc requisitum. Succedunt & liberis parentes: & de liberorũ bonis parentib. debetur legitima. § *primum. in Authen. de hered. & Falcidia. c. si pater. de testament. in 6.* Sed quum hic naturæ ordo sit, vt quemadmodum liberi in parentum vicẽ surrogantur: ita etiam iisdem in bonis succedant: Parentes autem non nisi turbato naturæ ordine succedant: Hinc fit, vt fauorabilior sit liberorum tam testamentaria, quam intestamentaria successio, quam parentum. Quod enim minus solennia parentum testamenta valent, id liberorũ fauore accidit. Hinc DD. disputant, parentum legitimam iure tolli posse, non legitimam liberorum, licet minui queat ex communi DD. sententia. Huc spectat, quod Diuus Paulus 2. *Corinth. 12. versic. 14.* scribit: Parentes debere liberis recondere, non filios parentibus. Quod ita accipiendum, si parentes liberorum suppetiis opus non habeant. Nam qui egentibus parentibus non prospicit, si id facere possit, is fidem abnegauit, & est infideli deterior. 1. *Tim. 5. vers. 8. & 16.*

Fallit

Fallit 4. in patre vſurario. b *Iaſ.h.in d.§.ex imperfecto.num.4.verſic.quinto limita.*

Fallit 5. in teſtamento patris inter liberos naturales: quam communem & veriorem poſt alios dicit Dn.Hartm.Piſtor. *d.quæſt.1.num.19.* Contrariam autem ſententiam veram & humaniorem eſſe contendit Bened. de Bar. *in tract. de filiis non legitimat.num.17.*

50 Cæterum teſtamentum nuncupatiuum minus ſolenne patris inter liberos, has ſolennitates non requirit: ſed ad illud ſufficit, vt pater voluntatem ſuam coram duobus teſtibus etiam fœminis & non rogatis nuncupauerit. *DD. in d.l.fin. DD.h. Gail.d.obſ.112.num.11.Dn.Hart.Piſt.d.q.2.num.9.vſq.15.Zunt.in reſponſo pro vxore.num.54.66.67.* Et quidem neceſſarium eſt, vt pater articulate, id eſt, intelligibiliter adhuc loquatur. *c* Nam ſi vſque adeo aduerſa valetudine oppreſſus ſit, vt articulate porro loqui nequeat, nullarum virium eius teſtamentum erit. Ita quum Epiſcopus quidam patrem in extremis agentem interrogaſſet, ſi vis me inſtituere, ſtringe mihi manum: & pater ita feciſſet: teſtamentum illud nihil valere iudicatum fuit. Nam etſi inter liberos ſit remiſſa ſolennitas teſtium: non tamen eſt remiſſa ſubſtantia voluntatis, quæ debet exprimi, vel per ſcripturam, vel per vocem ſeu loquelam articulatam, id eſt, intelligibilem. Ita ſummo conſenſu docent omnes in *l. iubemus.29. ibi Bart. Bald. nu.2. Ang.nu.1.Caſtr.nu.2. Salyc.num.1.Alex.num.2.3.4.qui declarat. Iaſ.num.4. Zunt.in reſponſo pro vxore, num.943.cum ſeqq.* Imo vt circa teſtamentum in ſcriptis, ita hic quoq; nulli teſtes neceſſarii ſunt pro ſubſtantia. *Zunt. in reſponſo pro vxore, loco relato, Dominic.de Magdal.d.cap.16.num.167.175.204.* Vnde conficitur ſatis eſſe, ſi aliis modis de voluntate patris conſtare poſſit. De quibus *Zunt.ibidem num.66.69.70.80.cum ſeq.*

b Ratio decidendi. Quia vſurarius manifeſtus iure Pōtificio teſtamētum condere nequit, niſi prius ſit præſtita cautio pignoratitia vel fideiuſſoria de reſtituendis vſuris, vel ipſo facto reſtitutæ ſint. *c.2.de vſur.in 6.* Dixi ſupra ad teſtamenti requiſitum 1. *illat.*13.

c Quid ſi ſemper inarticulate fuerit locutus? vt ego caſū memini de quodam, qui non intelligebatur, niſi ab vxore.

Et hæc quidem de materia præcitatorum textuum ſufficiant.

Auth. hoc inter. deſumpta ex §. & ſi quidem. in Auth. de teſtam. imperfect.

1 *Teſtamentum paternum non tollitur poſteriore teſtamento ſolenni regulariter. Ratio dubitandi & decidendi ad textum.*
2 *Quæ neceſſaria ſint, vt deciſioni Auth. locus ſit.*
3 *Teſtamentum paternum inter liberos habet in ſe clauſulam derogatoriam ad teſtamenta præcedentia & ſequentia.*
4 *Textus noſter in teſtamento ſcripto & nuncupatiuo procedit.*
5 *Aliud in codicillis.*
6 *Inciſione aut cancellatione paternum teſtamentum nullatenus tollitur. Contraria tamen ſententia verior eſt.*
7 *Vt deciſioni Auth.n. locus ſit, ſpecialem derogationem intercedere oportet.*

1 Vulgata regula iuris eſt: Poſteriore teſtamento, quod perfectum ſit, prius ipſo iure tolli. At hic in textu noſtro inſignis fallentia proponitur, quam etiam attigi ſupra *ad l. heredes palam. §. ſi quid poſt.* vbi eandem regulam tractaui limitatione 2. ad ampliationem *11.ff.eod.* Quod videlicet teſtamentum patris inter liberos etiam minus ſolenne non tollatur alio poſteriore teſtamento, niſi duo copulatiue concurrant, quod videlicet teſtator 1. aliud teſtamentum faciat coram ſeptem teſtibus: 2. & ſpecialiter priori deroget. Hæc fauore liberorum ſtatuta ſunt.

Deciditur *d* in hoc textu teſtamentum parentis minus ſolenne, iuxta

d Ratio dubitandi: quod primum tollatur per poſterius, maxime ſi prius valeat iure ſpeciali. Facilius enim tollitur, quod valet iure ſpeciali, quam quod valet iure communi. *l. eius militis. §. militia miſſus. ff. teſtament. milit.* Ratio decidendi, quod teſtamento parentis inter liberos inſit clauſula derogatoria, quod ad teſtamentum ſequens. *Iaſ. h. num.3. verſ. ſecundo principaliter.* Porro ad rationem dubitandi reſpondendum 1. hic nos verſari in caſu a regula excepto. 2. & ad textum *d. §. militia miſſus.* reſpondent DD. potentius eſſe priuilegium liberorum, quod fundatur in iure naturali, quam priuilegium militis, quod fundatur in iure poſitiuo. Vt proinde nulli mirum videri debeat, quod difficilius tollatur priuilegium liberorum quam militis. *Caſtren.h.num.2. Iaſ.num.4.5.*

textum *Auth. præcedentis*. conditum, posteriore testamento non aliter tolli, nisi duo copulatiue concurrant: 1. Quod parens specialiter primo testamento deroget: 2. & aliud testamentum corā septem testibus condat. *e* omnes DD. h. ibi Ias. & Alphan. in reportatis. num. 478. qui plures citat. Diaz. reg. 732. testamentum factum. Clar. §. testamentum. qu. 98. num. 2. Benedict. verb. testamentum. el 2. num. 9. Petr. Greg. in syntagm. iuris. lib. 44. c. 1. num. 10. Graff. §. testamentum. qu. 86. num. 5. & seq. Ea ratione, *f* quod testamentum eiusmodi habeat clausulam *g* derogatoriam posterioris voluntatis. *DD. omnes locis relatis. Mant. de coniect. vlt. volunt. libr. 6. tit. 2. num. 19. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. libr. 4. interpr. 3. dub. 2. num. 3. cum seqq.* quod fauore liberorum *h* accidit. *Sim. de Prat. ibid. num. 3. & 13. cum seqq.*

e Hinc patet, ad hoc, vt prior volūtas tollatur, requiri secundam dispositiuam: neque satis esse, vt testator dicat, se nolle, vt prius testamentum valeat. Nam etsi videri possit, instituisse venientes ab intestato, vt *Cast. h.* contendit, *n. 3.* dicens, hanc partem liberis fauorabiliorem: tamen supra contrarium de sententia DD. exposui, & videatur *Ias. h. num. 1. Domin. de Magd. d. part. 1. cap. 17. num. 21.*

f Ratio decidendi.

g Quot modis derogatio fiat, *Sim. de Prat. loco hic relato num. 57. cum seq.*

h Ratio rationis est fauor liberorum, ob quem omnia etiam legum solennia in testamentis inter liberos sunt remissa parentibus.

Porro vt decisioni Auth. nostræ locus sit, requiritur 1. vt in secundo testamento extranei sint instituti. Nam ideo secundum regulam iuris communis requiruntur septem testes: quum in testamentis parentum inter liberos res longe aliter sese habeat, *i* iuxta præmissa. Ergo etsi *Iacob. Rauenn. Cyn. & Alberic. hic.* textum *Authen. nostræ* simpliciter loquentem, generaliter de omni testamento accipiant: verior tamen est prior expositio, quam sequitur in summarii relatione *Salycet. & Ias. num. 1. Benedict. d. verb. testamentum. el 2. num. 10. Pet. Gregor. d. c. 1. num. 10.* Quam communem *Clar. §. testamentum. qu. 98. num. 2.* imo ab omnibus receptam sententiam dicit *Zunt.* k *in responso pro vxore. num. 729. & 748.* refert & sequitur *Graff. §. testamentum. quæst. 86. num. 6.* 2

i Testamenta parentum ad summū coram duobus fieri possunt. Ergo alia dispositiua voluntate coram tot testibus potuerūt tolli. Quum autem hic textus septem testes requirat, satis patet, quod Iustinianus loquatur de testamento secundo, quod aliquis facere vult inter extraneos. Adde aliam rationem, quod hic textus in posteriore testamento derogationem requirat. At testamento paterno, cæteris paribus, derogatio tacite inest. Vnde videmus, duo requisita textus non conuenire testamento paterno.

k Zuntus nimis effuso sermone vtitur. Ille dicit, ita tradere omnes, nemine excepto.

At si & primum atq; secundum etiam testamentum inter liberos conditum sit, *Bald. Angel. & Salyc.* rem distinctione explicant: quam sic de sententia DD. plenius propono. 3

Aut in primo testamento est *l* duplex clausula derogatoria, puta, tacita à iure inducta, & expressa à patre testatore. Et hoc quidem casu, quemadmodum & alias, vbi vtrumque testamentum inter liberos conditum est, non exigitur, vt posterius testamentum coram septem testib. fiat, vt ad præcedentem textum, ampliat. 9. illat. 5. satis dictum fuit: sed necesse est, vt prioris quoque derogationis mentio fiat, neque aliter prius testamentum tollitur. *Ita DD hic. ibi Castr. num. 4. 5. Ias. num. 2. & reliqui. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 6. tit. 2. num. 20. 23.* communem dicunt *Sim. de Prat. d. dub. 2. num. 30. Graff. d. qu. 86. num. 9.* nisi testatorem à prima voluntate recessisse certo constiterit, secundum ea, *m* quæ in sequentibus proponuntur.

Aut in primo testamento clausula derogatoria à testatore expressa non est, & data pari fauore, posterius testamentū præualet. Ita intelligitur *gl. in d. §. & si quidem. verb. perfecto. Auth. de testam. imperfect.* communem dicit *Mant. d. tit. 2. num. 19.*

l Summa diuisionis.

1. Aut primum habet clausulam derogatoriam expressā & præualet, nisi et in secundo expresse derogetur. Aut non habet clausulam expressam.

2. Et si æqualis aut maior fauor est testamenti secundi, illud præualet.

3. Si autē maior fauor sit testamenti primi, id præualebit. Nisi 1. secundū expressam clausulam habeat ad prius. 2. aut liquido de testatoris voluntate constet, quod secundum præualere velit.

m Testatoris voluntas in hisce disputationibus primas obtinet.

Si

Si autem posterius fauorabilius est, inter omnes omnino conuenit & indubitatum est, primum testamentum minus solenne, vel solenne etiam, tolli per posterius minus solenne, magis tamen liberis fauorabile, etiam nulla derogatione facta. Ita sentiunt *Bald. Ang. Sal. Castr. hic*. Et hanc communem *Clar. d. q. 98. num. 2. & Zunt. loco relato, nu. 748. Graff. d. q. 86. nu. 7.* atque indubitatam sententiam dicit *Mant. d. tit. 2. num. 19.*

Tum (1) quod clausula derogatoria testamento paterno ex legis prouisione insit ob fauorem liberorum. quæ receptissima sententia est. Ergo hic fauor in eorum odium retorquendus non est. Vt proinde prius testamentum non aliter clausulam derogatoriam continere intelligatur, nisi quo ad sequens testamentum, in quo extraneus est institutus, aut quod minus liberis est fauorabile. *Sim. de Prat. d. dubio 2. num. 3.*

Tum (2) quod & posterius testamentum inter liberos ad primũ clausulam derogatoriam habeat. *Mant. d. tit. 2. num. 20. cum seq. Zunt in responso pro vxore nu. 487.* si scilicet liberis fauorabilius sit. Semper enim testamentum inter liberos, quod liberis fauorabilius est, clausulam derogatoriam eius, quod liberis minus fauorabile est, in se continet, siue prius, siue posterius sit. Et quidem magis proprium *n* est testamenti præteritis derogare, quam futuris. *Sim. de Prat. d. dub. 2. nu. 3. 4.* dicens hanc communem & tenendam. Et quod testamentum dicatur liberis fauorabilius docet *Ruin. cons. 9. nu. 3. 4. 5. lib. 2. Tiber. Decian. cons. 34. num. 2. lib. 1. Paris. cons. 34. lib. 2. Zunt. loco relato num. 748. vsque 845. Sim. de Prat. loco relato nu. 5. cum seq.*

n Hoc expeditum est ex textu nostro, quod testamentum prius ad alia futura clausulam derogatoriã habeat. Hinc cõmuniore calculo DD. inferunt, si prius testamentum ad posterius clausulam derogatoriam contineat: ꝙ multo magis posterius ad prius talem in se clausulam continere debeat: quũ magis proprium sit testamentis præteritis derogare, quam futuris.

Aut posterius minus fauorabile liberis est: & si quidem posteriori clausula derogatoria expresse fuerit inserta, primum tolletur, etiamsi posterius minus solenne sit. Tum enim posterius solenne testamentum requiritur, quando in eo extranei instituti sunt, iuxta communem DD. sententiam. At inter liberos etiam minus solenne testamentum tollit prius, in quo clausula à testatore expressa non est, per prædicta, dummodo vel liberis fauorabilius sit, vel clausulam expressam in se contineat. *o*

o Clausula in posteriori testamẽto expressa, tollit clausulã tacitam & subintellectam in primo testamento.

Si autem posterius clausulam derogatoriam expressam non habeat, aliter autem sufficienter constiterit, quod mens atque voluntas testatoris fuerit, vt non prius, sed posterius testamentum omnino valeat, primum tolletur.

Etsi enim receptissima DD. sententia sit, si primum testamentum clausulam derogatoriam in se contineat, quod illud non aliter tollatur, nisi in posteriori testamento illius derogationis specialis mentio habita fuerit: Tamen id nulla alia de causa requiritur, quam quod alias (vbi scilicet in posteriori testamento de clausula derogatoria in specie mentio habita nõ est) de constante testatoris voluntate circa postremum testamentum non satis liqueat. Vbi autem ex coniecturis iudici constare potest, testatorem per secundum testamentum etiam non facta mentione aliqua clausulæ derogatoriæ primi testamenti, voluisse tollere primum testamentum: censebitur illud reuocatum, & præualebit secundum. Voluntas enim testatoris totum facit. *l. ex facto. 35. § rerum. ff. hered. instit. Bald. in l. sancimus. numer. 6. ibi Castr. & Ias. num. 8. vsque 15.* qui XI. casus refert *infr. testam. Couarr. ad rubr. 2. part. num. 19. extr. eod. tit. Mant. d. tit. 2. num. 22. latissime Sim. de Prat. d. dub. 2. num. 87. cum omnibus sequentib. vsque ad finem.* Et singulariter quidem notandum, si causa superuenerit, ob quam testator à priori voluntate recessisse, & secundum testamentum, quod fecit ex certa scientia & deliberato animo, condidisse intelligitur: puta, quia inimicitiæ inter

testatorem & hæredem inciderunt, &c. vel aliud quippiam accidit: tunc in posteriori clausulam derogatoriam comprehensam intelligi: & illud præualere, etsi prius testamentum inter liberos conditum, & liberis fauorabilius esset: imo expressam clausulam derogatoriam in se contineret. Ita *Bald. Ang. Sal. Castr. hic.* Et hanc sententiam communem & receptam esse multis ostendit *Zunt. in responso pro vxore num. 884. cum multis seq.* Sequitur *Sim. de Prat. d. dub. 2. num. 109. 110. Graff. d. q. 186. num. 11.*

Si autem posteriori testamento, quod minus fauorabile est, neq; clausula derogatoria expresse insit: neq; aliunde satis de testatoris voluntate constet: quod per posterius testamentū à priori omnino recedere voluerit: hoc casu prius testamentum fauorabilius, quod proinde clausulam derogatoriam ad sequens testamentum habet, ob fauorem liberorum posteriori præponderabit. Hæc est sententia interpretum hic, quam veram *arg. text. n. h.* & communem esse constat, *Achilles Personalis, de adipiscenda possessione, sub rubr. de petitione hæreditatis nu. 577. 578. vbi simul declarat, quod testamentum liberis fauorabilius esse intelligatur. Graff. d. q. 186. num. 7.*

Videbatur potius dicendum, hoc posteriori casu prius testamentum tolli per posterius. Quia hæc est regula iuris: Quod posteriore testamento derogetur priori, vsque adeo, vt & minus solenne testamentum inter liberos conditum, tollat præcedens solenne. Et huic quidem regulæ standum, donec de exceptione doceatur. Nullo autem modo per hunc textum exceptio ad præcitatam regulam tradita videtur: quum, vt dictum est, isto demum casu loquatur, vbi extraneus in testamento posteriori hæres scribitur. Sed respondeo, duo ex hoc textu notanda: Primo decisionem, quod videlicet testamentum inter liberos non tollatur per aliud posterius, nisi duo copulatiue concurrant: 1. expressa & specifica derogatio: 2. & vt posterius fiat coram septem testibus. Hæc decisio reuera spectat ad testamentum posterius, in quo extranei instituti sunt. Secundo rationem decidendi, cum ratione rationis. Ratio decidendi est: quod testamento inter liberos clausula derogatoria insit. Ratio rationis est fauor liberorum.

Hæc ratio cum ratione rationis generalior est decisione. Et propter hanc partem recte & vere dicimus, hic statutam esse limitationē ad præcitatam regulam: Quod prius testamentum tollatur per posterius. Ergo licet textus noster hic tantum isto casu loquatur, vbi posterius testamentum inter extraneos factum est: tamen ratio, quæ dicto generalior est, militat in omni testamento posteriore, quod liberis minus est fauorabile. Vbi enim eadem ratio, ibi idem ius est. Teneatur ergo hæc perspicua sententia: Quod semper testamento inter liberos clausula derogatoria insit, vbi hoc ad fauorem liberorum pertinet.

II. Requiritur, vt testamentum paternum non solenne inter liberos sit confectum in scriptis, iuxta decisionem *d. Auth. quod sine.* Nam Auth. nostra, in verbis (Hoc igitur) ad præcedentem *Auth. quod sine.* refertur, sicut & textus in corpore, vnde *Auth. nostra* sumitur, in illis verbis (Et si quidem ad mortem maneat hoc schema) ad textum §. *1* præcedentis relationem habet. Ita sensit *Ang. h. ante num. ibi Alberic. nu. 1.* refert *Benedict. d. verb. testamentum. el 2. num. 11.* probat *Petr. Greg. in syntagm. iur. d. c. 1. num. 10.* Verum communiter DD. contrarium tenent, quod non sit distinguendum testamentum paternum in scriptis à nuncupatiuo. Ita ipsemet *Angel.* ingenue agnoscit, *ibi cæteri omnes, & Castr. num. 1. Ias. num. 2. Mant. d. tit. 2. num. 19. Sim. de Prat. d. dub. 2. num. 21. Graff. d. q. 86. num. 10.* 4

Fatendum, Angeli argumentum speciosum esse, & omnino per *Authenticam nostram* relationem fieri ad *Authenticam* præcedentem. Sed quum nulla probabilis ratio diuersitatis inter testamentum in scriptis & nuncupatiuum allegari possit, imo vnus & idem fauor liberorum tam in testamento nuncupatiuo quam scripto vertatur: Vbi eadem ratio est fauoris, ac proinde clausulæ derogatoriæ tacite subintellectæ, ibi idem ius omnino statuendum fuerit.

III. Ne-

5 III. Necesse est, vt agatur de testamenti prioris reuocatione. aliud, vbi de codicillis præcedentibus reuocandis quæstio esset. Neque enim de illis in testamento mentionem haberi necesse foret. *Ias. h. num. 2. vers. tertio limita. Bened. d. verb. testamentum. el 2. num. 12*

Hisce concurrentibus, decisioni *Auth. nostra* locus est.

Amplia I. vt procedat etiam in liberis legitimatis, *Mantic. d. tit. 2. numer. 24.*

6 Amplia II. Nam quum textus *Auth. nostra* dicat, testamentum patris inter liberos secundum formam *Auth. quod sine.* conditum ita infirmari, si forma hic descripta seuetur, hinc ergo aliqui inferunt: incisione aut cancellatione testamentum paternum neque ipso iure, neque ope exceptionis tolli. Ita docuit *Ang. in l. nostrum.* quem ibi sequitur *Alex. num. 2. infr. eod. Ias. h. num. 1. vers. secundo pro ampliatione.*

Verum hanc sententiam *Castr. in d. l. nostrum. num. 6.* ridiculam appellat, & merito quidem. *p*

p Castrensis rationem non probo, qua Alexand. refellere voluit. Sed adduco has rationes.

Tum (1) quod text. noster vltra thema, quod tractat, porrigendus non sit. Constat autem, quod isto tantum casu loquatur, quomodo per posterius testamentum, in quo extranei instituti sunt, prius inter liberos factum tollatur: cum materia autem incisionis vel cancellationis nihil commune habet: maxime quum text. in corpore, vnde sumitur auth. n. ad hoc vt decisioni nostræ locus sit, requirat, vt id schema, id est, testamentum inter liberos maneat vsque ad mortem. *q*

q Ergo non loquitur de materia incisionis vel cancellationis.

Tum (2) quod admissa Angeli, Alexandri & Iasonis sententia, tacita iurium de incisione & cancellatione testamenti loquentium correctio induceretur.

Neque obstat Alexandri collectio, si testamentum paternum per subsequens non tollatur: multo minus id per concisionem cancellationemve fieri posse. Nam vera quidem hæc ratio est in textus nostri terminis, vbi in secundo testamento extranei instituuntur: at otiosa tamen, quum secundum quidem testamentũ in fauorem extraneorum vtiliter conficiatur: *r* nulla autem incisio aut cancellatio testamenti primi, in quo liberi scripti sunt, ita fieri possit, vt extraneis vtilis sit. Vt proinde hac de re contendere superuacuum sit.

r Ergo de hoc casu Imperator disputauit: de concisione in terminis textus nostri nihil constituere potuit.

At si de liberis & eorum fauore quæratur: nihil dubitandum erit: quin vt prius testamentum per secundum etiam minus solenne tollitur: Ita etiam incisione cancellationeve patris testamentum primum euertatur, per ea, quæ supra tradita sunt: quum tunc successio omnis ad causam intestati deducatur: quæ liberis fauorabilior est testamentaria successione.

7 Amplia 3. Nam si testamentum paternum minus solenne, secundum formam *d. Auth. quod sine.* conditum, clausulam derogatoriam ad sequens testamentum in se continet: multo magis idem dicendum erit de testamentis parentum inter liberos solenniter conditis. *Ita post Iacob. de Rauen. tradit Cyn. h. num. 2. ibi Bald. num. 5. Salycet. num. 2.* De qua sententia frustra dubitat *Alberic. h. num. 1.*

Declara hanc sententiam 1. vt ita demum per secundum testamentum, in quo extranei instituti sunt, tollatur prima voluntas inter liberos: si primo testamento expressim & in specie derogetur: quod textus in corpore eleganter explicat, puta, necesse est, vt dicat: Volo hoc testamentum valere, non obstante alio testamento, per me facto, etiam inter liberos. *DD. hic. ibi Castr. num. 4. 5.* qui monet diligenter attendendum ad

doctrinam Baldi, quæ quosdam errare faciat. *Ias. num. 2. Mantic. dict. tit. 2. num. 19. Sim. de Præt. d. dub. 2. num. 28. Graff. d. quæst. 86. num. 5. l. si quis in principio testamenti. ff. de legat. 3.*

Triplex est derogatio: generalis, vt, non obstante alio testamento: specialis, vt, non obstante alio testamento, etiam inter liberos facto: & in indiuiduo, vt, non obstante testamento inter liberos, quod feci illo die, illis testibus, illo Notario præsente. Requiritur autem derogatio in specie, vt clarissime indicat textus in corpore. Baldus ita loqui videtur, vt generali renunciatione contentus esse videri possit. Nec aliter loquitur *Angel. num. 2.* Dixit enim sufficere clasulam generalem derogatoriam, cassans & irritans omne testamentum, quod præcessit.

Ab hac doctrina cauendum monet *Castrens.* & recte quidem. vbi tamen rursus aduertendum ad ea, quæ iam ante dicta sunt, quod voluntas testatoris omnia faciat, de ea si iudici & circumstantiis liqueat, quod omnino voluerit à primo testamento recedere, & posterius condere, vltimo testamento standum erit, etsi primum clausulam expressam habuerit.

Limita 2. si in secundo testamento sit institutio facta ad pias causas: & in aliqua parte instituti sint liberi. Nam tunc primum testamentum indistincte tolleretur per secundum: qum lex Imperialis Ecclesiis & piis causis præiudicare non debeat. *Ias. h. n. 2. vers. quarto singulariter. Bened. loco præcitato, num. 13. vers. quarto intelligatis. Petr. Greg. d. c. 1. num. 10.* s

s Addit *Ias. num. 1.* aliam ampliationē quod text. n. procedat non tantum, vbi agitur de reuocatione institutionis: sed etiā quando agitur de ademptione prælegati. Quæ sententia ex Romano deprompta periculosa est. Nam textus n. & in corpore, quærunt, quomodo testamētum tollatur. At de legato, quomodo reuocetur, vidēdus *§. si quid post. in l. hæredes palam. ff. eod.*

§. *per nuncupationem.*

1 *Textus expositio remissiue.*

De huius textus materia circa testamentorum materiam satis dixi. 1

§. *si quis autem.*

1 *In hoc textu ad decisionem iuris veteris (quod minus solenni voluntate, in qua scripti venientes ab intestato, tollatur solennis) duo adduntur.*

2 *Ratio dubitandi ad textum cum ratione decidendi.*

3 *Quæ sint necessaria ad hoc, vt textui nostro locus sit.*

4 *Quæ sit differentia inter textum nostrum hic. & inter* §. ex imperfecto h. cum iuribus concordantibus.

5 *Textui nostro tum locus est, quando quis animum testandi habet.*

Insignis Bartoli casus discussus.

6 *Conciliatio textus nostri cum* l. filius. 7. ff. liber. & posthum.

7 *Difficilimi text.* l. si duob. 12. §. si prius. ff. bon. poss. cont. tab *sentētia excutitur.*

8 *Primum testamentum tollitur, si testator coram quinque testibus dicat, se nolle, vt testamentum valeat: cupere enim se ab intestato decedere.*

9 *In terminis textus nostri succeditur, non vt ab intestato simpliciter, sed vt ex dispositiua testatoris voluntate.*

10 *Pater pupillarem substitutionem in testamento minus solenni reuocare potest.*

Limitationes ad textū nostrum remissiue.

Omnia, quæ sub Sole fiunt, habent generationem, progressum, resolutionem. Hæc accommodat ad materiam successionum Vasquius in suo tractatu, quem sæpe adduxi. Et quum Impp. de testamenti creatione in princ. textus dixerint, nunc de resolutione quædam proponunt.

Et in hoc quidem textu extat materia singularis. Regulam iuris habemus: Quod testamentum primum ita demum tollatur per posterius, si illud in sua forma vel solenni, vel non solenni fuerit perfectum. Ad illam regulam hic proponitur vna limitatio: quod dispositio posterior imperfecta tollat prius testamentum, concurrentibus scilicet iis, quæ in hoc textu enumerantur. Alios tres casus refert *gloss. h. super verb. sancimus. & Salycet. num. 4.* Septem casus habet *gloss. & ibi DD. in* §. *ex eo autem solo. Instit. quibus modis testam. infirm.*

Porro quod hic dicitur, per posterius imperfectum testamentum tolli prius, id iam ante etiam constitutum fuerat, vt est text. *in l. 2. ff. iniust. testam.* Et huc referunt etiam DD. textum *l. si duobus. 12. §. si prius. qui est §. fin. ff. bon possess. cont. tab.* Ibi enim esse dicunt duplicem imperfectionem, in genere ratione præteritionis, & in specie ratione testamen-

menti. Ideoque aiunt, ibi in secundo testamento scriptos venientes ab intestato. De quibus tamen DD. plurimum inter se contendunt. Nam aliqui ibi 1. aliam imperfectionem quam generalem, id est, ratione præteritionis esse negant. Videantur *DD. h. DD. in l. si filius qui in potestate. ff. de lib. & posthum. Bolognet. in l. posthumo. num. 51. versic. similiter. C. bonor. possess. cont. tab.* 2. Negant etiam ibi scriptos venientes ab intestato; & licet essent scripti tales hæredes, id tamen ad rem perinere negant. *Bolognet. post Ferrar. loco præcitato num. 50.*

1 Sed intellectus ille communis est, quod *d. §. si prius.* loquatur isto casu, quando in secundo testamento sunt scripti venientes ab intestato. Et aiunt DD. nostri, *textum n. h.* ad iura ff. duo addere, vt modo videbitur.

Quod iure ff. iam antea cautum fuerat, vt per minus solennem voluntatem posteriorem, in qua scripti essent venientes ab intestato, prius solenne testamentum tolleretur: *l. 2. ff. iniust. testam. l. si duobus. 12. §. si prius. ff. bon. possess. cont. tab.* id magis in specie hoc textu constitutum *t* est: addita exceptione duplici §. In hoc namq; textu nostro exponitur: 1. quo pacto eiusmodi minus solennis voluntas valeat: 2. & quod in ea quinq; testes sint necessarii. Ita *DD. h. ibi Castr. & Alex. nu. 1. Ias. num. 1. Domin. de Magd. in tract. de num. testium in testam. requis. part. 1. c. 17. num. 3.*

t Castrensis *num. 1. h.* dixit, hunc textum esse mirabilem, quem sæpe viderit reperii: quum habeat materiam extensibilem, & qui alibi ita formaliter nō reperiatur, licet quo ad quędam sic.

Nam iure ff. idem quidem statutum, sed textum nostrum duo ad ius ff. addere, vt hic.

Et licet quidam senserint, hoc ius (vt videlicet minus solennis voluntas, in qua scripti venientes ab intestato, tollat solennem præcedentem dispositionem) primo per textum nostrum hic introductum, & proinde à compilatoribus ff. ad textus iuris ff. præcitatos additum esse:

Tamen communis sententia in contrarium est, vt monet Castrensis ibidem.

2 Porro ratio dubitandi ad textum nostrum ex vulgari iuris regula petenda est: quod superius testamentum rumpatur posteriore, si iure perfectum sit. *§. posteriore. Instit. quib. mod. testament. infirm. cum similibus.* Ratio autem decidendi est, quod institutis venientibus ab intestato, reuertamur ad ius commune de successione legitima. Porro vbi ad ius commune reuertimur, multa iure permittuntur, quę alias nō permitterentur: Quod etiam de testamento parentum inter liberos colligere promptum est. *Tiraquell. de iure primigen. q. 24. num. 5.*

3 Ad hoc autem, vt decisioni textus nostri locus sit, requiritur 1. vt in primo testamento sint instituti extranei, *text. h. ibi DD. & Castr. nu. 1. Guilh. Benedict. d. verb. testamentum. el 1. num. 76. vers. tertio requiritur. Zunt. in responso pro vxore, num. 703. 726. cum seqq. Domin. de Magd. d. c. 17. num. 3. 18. Grass. §. testamentum. q. 86. num. 4.*

Hinc infertur 1. si in primo testamento solenni essent instituti vel vnus, vel aliqui ex venientibus ab intestato, proximum succedendi locum tenentes, & in secundo testamento facto coram quinque testibus, alii omnes ab intestato venientes, qui in eodem cum institutis in primo gradu forent, hæredes scripti essent: quod primum testamentum non tolleretur per secundum. *DD. h. ibi Alex. num. 10. 11. Ias. num. 2. Idem Ias. l. si filius qui in potestate. num. 24. 25. ff. de liber. & posthum. plures cumulat Benedict. loco relato. vers. tertio requiritur. Dominic. de Magdal. d. c. 17. num. 18. Ruin. cons. 1. num. 16. & consil. 9. num. 7. lib. 2.*

II. Hinc infertur, quum in textu nostro venientes ab intestato ii intelligantur, qui primum in successione locum obtinent: quod proinde decisio textus nostri obtineat, si in primo testamento personæ quidem testatori coniunctæ, sed remotiores, in secundo autem testamento proximum succedendi locum tenentes instituti sint. *Benedict. loco relato, vers. tertio requiritur.*

II. Requiritur, vt in secundo testamento instituti fuerint venientes ab intestato, *text. & DD. h. Benedict. loco relato num. 76. vers. quarto requiritur. vers. quinto requiritur. Zunt in responso pro vxore. num. 619. 703. 726. Dom. de Magd. d. c. 17. num. 1 & seq. Graff. d. q. 80. num. 4.*

u Necesse est, vt instituantur venientes ab intestato.
1. tantum, nō alii.
2. omnes, non aliqui.
3. proximi. Nam remotiores sunt extranei.
4. Qui sunt de ascendentib. vel collateralibus. Nam alia est materia testamenti parētum.
x Textus loquitur quādo reuertimur ad ius cōmune successionis legitimæ. At 1. extraneis institutis cum venientibus ab intestato, 2. Item, institutis quibusdam venientibus ab intestato, quibusdam non, vere in materia testamēti versamur. Tales enim successiones sine testamento solenni fieri non possunt.

Et quidem necessarium *u* est 1. vt tantum venientes ab intestato, non cum illis extranei instituti sint: licet dissentiat *Ruin. cons. 1. num. 10. 11. cum seq. lib. 2.* Et 2. vt omnes fuerint instituti, non aliqui tantum, *x* *DD. h. ibi Alex. num. 8. Ias. nu. 2. Benedict. loco relato num. 76. vers. quarto requiritur. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 6. tit. 2. num. 10. Dominic. de Magd. loco relato num. 17. Dec. cons. 105. num. 6. Cephal. cons. 431. num. 21,* quanquam contrarium velit *Ias. d. l. si filius qui in potestate. num. 33. versic. & si tu dicis.* 3. Qui scilicet primum locum in successione tenent, *Bart. l. si ex duobus. § si prius. num. 5. ff. bonor. possess. cont. tab. DD. h. ibi Ias. num. 2. Benedict. vbi supra, versic. tertio requiritur. & versic. quarto requiritur. Dom. de Magd. d. c. 17. num. 17.* 4. Et de ascendentibus aut collateralibus sunt. Hanc enim differentiam constituunt DD. communiter 4 inter *text. n. h. & inter § ex imperfecto. & Auth. quod sine.* quod hæc iura agant de testamento patris inter liberos: quum noster textus de aliis venientibus ab intestato, qui de liberis non sunt, disponat, cuius quidem testamenti longe minora priuilegia quam testamenti paterni sunt. *Ita DD. h. ibi Bald. ante num. Salycet. num. 4. Castr. num. 2. Ias. nu. 2.* dicens communem, *Bened. loco relato, num. 76. versic. primo quod interueniat. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 6. tit. 2. nu. 15.* eandem sequitur *Zunt. in responso pro vxore.* & receptissimam sententiam dicit *nu. 619. vsq. 624. 680. 703. 712. 726. cum seqq. Ceph. cons. 519 nu. 19.*

Quum enim testamenta parentum inter liberos, quo ad solennitatem, ad terminos iuris gentium redacta sint: vt proinde coram testibus duobus secundum prędicta conficiantur: Textus autem huius decisio non nisi quinq; testibus interuenientibus obtineat: hinc ergo bona consequentia deducitur, textum hunc non de liberis, sed de aliis venientibus ab intestato, ascendentibus puta, vel collateralibus accipiendum esse. Quam communem & receptam DD. sententiam oppugnat *Ias. h. num. 2.*

DD. communiter textum nostrum exponunt de tali testamento, in quo extranei instituti, & venientes ab intestato, ascendentes scilicet aut collaterales, scripti sunt.

Quo pacto testamentum paternum differat a materia textus nostri, tradit *Benedict. d. c. Raynutius verb. in extremu positus. nu. 41.*

Vt differentia sit inter testamentum parentum, in quo pro substantia nulli testes, ad probationem autem duo testes ad summum necessarii sunt: quum hic quinque requirantur.

Deinde testamenta parentum etiam minus solennia valent vt testamenta, & effecta testamentorum habent. De hoc autem quid sit, postea dicetur, D. V.

Iason contra DD. existimat, hunc textum etiam ad dispositiones parentum inter liberos spectare.

Ratio expositionis: quia textus loquitur de venientibus ab intestato, & non distinguit. Ergo accipitur etiam de descendentibus. Nam venientium ab intestato ordo triplex est: descendentium, ascendentium, collateralium. *text. in Authent. de hæred. ab intest. ven.*

Non autem quæritur inter DD. & Iasonem, vtrum pater, qui vel sine testibus, vel coram duobus testamentum facere potest, etiam coram quinque disponere possit. Quis enim sanus hac de re dubitet? Sed hoc quæritur, an in casu textus nostri cogatur quinque testes adhibere? puta, pater in primo testamento instituit extraneos: filios propter flagitia sua fecit exhæredes. Postea illum dispositionis factæ pœnituit, & liberos instituere vult. Quæritur, vtrum secundum *Auth. quod sine. & iura concordantia,* an vero secundum hunc textum testari cogatur?

Iason contendit, quod secundum huius textus decisionem testari cogatur, vt prius testamentum tollatur.

Sed

Sed quia Iaſoni omnia iura de teſtamento paterno loquentia, obſtant, quibus probatur, patrem vel ſine omni teſte, vel ad ſummum coram duobus teſtari poſſe: Vnde diſtinctionem commentus eſt. Contendit enim iura, de teſtamento paterno loquentia, accipienda, nullo præcedente teſtamento. At ſi præcedat teſtamentum, textum noſtrum procedere.

Ratio diuerſitatis, *in §. ex imperfecto.* (inquit) liberi erant omnino ſucceſſuri: ideo ibi cauſa inteſtati iuuat cauſam teſtati: Duo ergo teſtes ſufficiunt: Hic autem non erant omnino ſucceſſuri: quia præcedebat teſtamẽtum: Ergo hic duo facienda erant. 1. tollendum erat primum teſtamentum. 2. vocandi erant venientes ab inteſtato. Ergo plures teſtes requiruntur.

Hæc Iaſonis noua ſententia prorſus eſt repudianda.

1. Quia iura de teſtamento paterno loquentia non diſtinguunt: vtrum teſtamentum præcedat, an non: Ergo à nobis non erunt reſtringenda.

2. Teſtamenta paterna minus ſolennia vere teſtamenta ſunt: & teſtamentorum effecta habent.

Ergo tollere poſſunt primum, in quo ſcripti extranei.

3. Teſtamenta paterna minus ſolennia tollunt teſtamenta parentum præcedentia tam ſolennia quam non ſolennia, in quibus liberi ſcripti ſunt, cæteris paribus.

Ergo multo magis tollunt teſtamenta præcedentia, in quibus extranei ſcripti ſunt.

Non obſtat ratio Iaſonis, quod textus noſter indiſtincte de venientibus ab inteſtato loquatur.

Nam nego, quod generaliter loquatur: Quum enim 1. textus quinque teſtes requirat, 2. & diſpoſitionem ita factam proprie teſtamentum eſſe neget: ſatis ſane diſtinguit. Et ex his liquido conſtat, quod in teſtamento paterno non loquatur.

5 Porro circa hoc ſecundum & præcedens requiſitum diligenter notandum, nos ea in quæſtione, quo pacto ſuperius teſtamentum per poſterius tollatur, & ſic in materia teſtamentaria verſari. Cui conſequens eſt, vt huius textus deciſioni locus aliter non ſit, niſi quis animum teſtandi habuerit, & teſtatus ſit, ſed imperfecte: coram quinque ſcilicet teſtibus. ita loquitur *text. h. & d. l. 2. ff. in iuſt. teſtam.* y

Vnde inſignis illa Bartoli deciſio dependet, in qua ille contra omnes ſuæ ætatis DD. ſe obtinuiſſe gloriatur *h. & in d. l. 2. & l. militis codicillis. ff. teſtam. milit.* Quidam inſtituerat filium pupillum: & ei pupillariter ſubſtituerat extraneum. Poſtea teſtatorem pœnituit ſubſtitutionis factæ: Quare codicillis illam ſubſtitutionem pupillarem reuocauit: & ſubſtituit pupillo ſorores. z Filio in pupillari ætate extincto, quæſtio orta eſt.

Nam ſubſtitutus contendit, in codicillis non potuiſſe reuocari ſubſtitutionem directo, ſed tantum per fideicommiſſum. *l. Scæuola. 76. ff. ad SC. Trebell.* petit ergo ſe vigore ſuſtitutionis primæ ad ſucceſſionem & ad reſtitutionem per fideicommiſſum *a* ſororibus pupilli faciendam admitti.

Excepit Bartolus *b* pro ſororibus, quod prima ſolennis voluntas, per ſecundam non ſolennem tollatur, ſi in primo teſtamento extranei, in ſecundo venientes ab inteſtato hæredes ſcripti ſint: c *per text. n. h. & d. l. 2.*

Replicarunt alii pro ſubſtituto contra ſorores, *text. n. h. & d. l. 2.* iſto caſu procedere, quando teſtator voluit teſtamentum condere: ſed nõ ſeruauit ſolennitatem, id eſt, non eſt ſolenniter teſtatus. At in quæſtione propoſita certum eſſe, teſtatorem non voluiſſe teſtari, ſed codicillari: codicillis autem hæreditatem directo neq; dari neq; adimi poſſe.

Dupli-

y Codicillis teſtamenta non tolluntur.

z Venientes ab inteſtato.

a Hoc ergo in quæſtione fuit: Vtrum ſecunda ſubſtitutio in codicillis facta, iure directo, an per fideicommiſſum valeret. Es iſt vmb die quartam Trebellianicã zu thun geweſen.

b Bartolus voluit hæc vera, extraneo in codicillis ſubſtituto. At ſubſtituto veniente ab inteſtato aliud eſſe, per *textum noſtrum h.*

c Quod text. h. noſter diſponit de inſtitutione: idem Bart. accommodauit ad ſubſtitutionem: quum ſubſtitutio ſit ſecunda inſtitutio, aut ſecundus inſtitutionis gradus. At inſtitutio prima ſolennis tollitur per inſtitutionem in minus ſolenni poſteriori voluntate factam h. Ergo idem eſt in ſubſtitutione.

Duplicauit Bartolus, in materia hac *d* nostra sufficere voluntatem imperfectam, *per text. n. h. & d. l. 2.* Vbi autem imperfecta voluntas sufficiat, ibi codicillum non distingui à testamento. *e* Ita militem codicillis hæreditatem dare posse: *l. militis codicillis. 37. in princip. ff. testament. in lit.* quod ius ad parentes quoque pertineat: quum testamenta, quæ illi inter liberos condunt, non minus ac testamenta militaria iure gentium tantum censeantur.

d Quando quæstio est de testamento inter liberos, & in materia §. n. h.

e Hæc propositio est particularis, & in hac latet vitium.

Addit *Iaf. h. num. 3.* quum in testamento patris inter liberos clausula (omni meliori modo) intelligatur: *f* quod Bart. sententia in puncto iuris satis defendi posse videatur. Et pro hac sententia ille vtrumq; Raphaelem, *Paul. de Castro, Alex.* g *& Fr. Aretinum* citat: sequitur eandem *Bened. d. verb. testamentum. el 1. num. 80. Vasqu. de success. resolut. lib. 1. §. 1. num. 35.*

f Absurda allegatio. Nam clausula (omni meliori modo) nil operatur pro titulo institutionis, nisi in testamento. Vt operetur, necesse est concurrere volūtatem, 1. vt testator habeat animum testandi, 2. facultatem, vt simus in testamē to: quia codicillis hæreditas non datur.

Contrariam autem sententiam tenent *Bald. in d. §. ex imperfecto. nu. 5. & Salycet. in l. filii. nu. 5. C. famil. hercisc.* licet *in Auth quod sine. num 3.* distinguat. *Ang. in l. fin. num. 2. 3.* vbi pulchra inductione Bartolum refellit. *C. famil. hercisc. Rom. cons. 179. nu. 12. 13. 14.* qui contra Bartolum veritatem & communem sententiam esse testatur. Et hanc contrariam opinionem omnes alios DD. præter eos, qui relati sunt, tenere dicit *Ias. h. num. 3.* in quam sententiam plures citat *Domin. de Magd. in tract. de num. testium in testam. requis. part. 1. cap. 16. num. 259.*

g Ias. incircumspecte hanc materiam tractat, Salycetum pro contraria sententia, Alexādrum autem pro Bartolo allegat: quum hi distinxerint: & Bartolum neq; simpliciter probent, neque improbent.

Tum (1) per *l. Scæuola.* h *ff. ad SC. Trebell.*

Tum (2) quod in *d. l. filii. & l. fin. C. famil. hercisc.* sit codicillus patris inter liberos: ex quibus tamen non datur hæreditas: *i* verum successio fit ab intestato.

Tum (3) quod etiam hodie per iura Nouellarum inter minus solennes parentum dispositiones inter liberos distinguatur: ita quidem vt quemadmodum codicillus & testamentum nomine distinguuntur: ita etiam suum testamentum solenne, & non solenne, & codicillus quoque tam solennis quam non solennis sub diuisione comprehensus, sua substantialia habeat, *k* vt suo loco dictum fuit.

h Ibi clarus textus, quod substitutio directa à patre facta filio impuberi trahatur ad fideicōmissum: quū iure directo valere nequeat.

i Etsi textus ille etiam mentionem faciat de testamento: & imperfecta voluntas hodie, cæteris paribus, valeat vt testamentum: ex *d. § ex imperfecto.* tamen quo ad codicillum, nihil per *d. § ex imperfecto.* immutatum esse constat.

k Dicat aliquis, quomodo ergo testamentum non solenne paternum, à codicillo non solenni distinguis? Respon. 1. voluntate, 2. facultate. Testamentum paternum minus sua solennia habet. At si voluntas vt testamentum sustineri nequeat, cæteris paribus, vt diuisio, aut quod idem est, vt codicillus non solennis defenditur. Exemplum illustre proponit *Dn. Hartm. Pistor. libr. 1. q. 2. num. 14.* Vbi quidam in scriptura sua manu subscripta, fuerat testatus: sed diem non annotauerat, illud non testamentum, sed diuisio seu codicillus est. Breuiter, vbi testamenti substantialia, ibi testamentum: vbi diuisionis substantialia, ibi codicillus.

Nec obstat fundamentum Bartoli, quod isto casu, vbi imperfecta voluntas sufficit, inter codicillum & testamentum non distinguatur. Nam hanc sententiam falsam esse ex eo perspicitur, quod iura Nouellarum inter dispositiones parentum etiam minus solennes distinguunt. *l*

l Distinguitur certe inter diuisionē & testamentum patris.

Ita non obstat argumentum ex textu *d. l. militis codicillis.* ab æquiparatione testamēti militaris & paterni deductum. Nam is textus contra Bartolum potius probat: quum in casu iuris specialis, id est, in milite loquatur: vt proinde ius commune in contrarium sit. Et falluntur, qui testamentum paternum militari in vniuersum æquiparant: etsi hanc communem sententiam DD. esse scribat *Hotom. cons. 56. n. 6.* Nam si non minus testamentum paternum *m* ac militare ad meros iuris gentium terminos indistincte redactum esset: parens pro parte testatus, & pro parte intestatus, imo cum duob. testamentis decedere posset: & nulla de ipsius testamento

m Testamētum paternum ad iuris gētium terminos reductum, quo ad materiam probatoriam.

Falci-

Falcidia aut Trebellianica deducenda foret: quæ tamen vno quasi ore omnes pernegant. *Ludou. Rom. loco relato. Iaſ. h. num. 3.* Ergo quod in patre expreſſe immutatum non eſt, vt hæreditatem non minus ac alii teſtamento dare cogatur: id iure ad hoc conſiſtere intelligitur, *l. ſancimus. 27. infr. cod.*

Similiter nihil Bartoli ſententiam iuuat, quod teſtamentis parentum clauſula (omni meliori modo) ineſt. Nam illa neq; ex codicillo teſtamentum facit: neq; in teſtamento titulum inſtitutionis inducit: niſi expreſſa ſit. *Dom. de Magd. d. c. 16. num. 101.* & vt maxime tacita clauſula eundem cum expreſſa effectum haberet: tamen non operaretur, niſi concurrente voluntate & facultate, vt ſupra circa materiam inſtitutionis hæredis ad regulam: Quod liberi inſtituendi vel exhæredandi ſint, fall. 27. dictum eſt.

Qui autem oſtendit, ſe codicillari tantum velle: & codicilli ſubſtantialia, non etiam teſtamenti requiſita adhibet: quemadmodum in Bartoli caſu fuit, illi clauſula (omni meliori modo) ſiue expreſſa, ſiue tacita ſit, ad titulum inſtitutionis non proficit: neque efficere poteſt, vt codicillus teſtamentum ſit.

Verum in hac DD. concertatione ſic diſtinguendum videtur.

Aut enim ſubſtantialia vel teſtamenti paterni minus ſolennis, vel teſtamenti imperfecti, de quo *h. & in dict. l. 2.* agitur, concurrunt, & opinio Bartoli ſuſtineri poteſt, etſi teſtator voluntatem ſuam codicillum appellaſſet.

Aut ſubſtantialia tam teſtamenti paterni, quã textus noſtri deficiunt: ita quod res non dubia, ſed clara eſt, nos in materia codicilli verſari *n* quẽadmodum in caſu Bartoli fuit, qui clare præſupponit, diſpoſitionem patris codicillum non teſtamentum fuiſſe: & contraria opinio tenenda erit: quod ſubſtitutio iure directo non valeat: quanquam vt fideicommiſſum ſuſtineatur, *per d. l. Scæuola.* Idemq; omnes illi voluerunt, contra quos Bart. præcitatum thema defendit. Et hanc opinionem ſibi quoque magis placere dicit *Alex. h. nu. 8.* quam ſententiam Baldi & Salyceti, quorum ille in *§. ex imperfecto. num. 5.* hic autem in *Auth. quod ſine. ad fin.* ſub dubio tamen opinati ſunt, etſi in caſu Bartoli non ſuccedatur ex ſubſtitutione: tamen per eiuſmodi teſtatoris diſpoſitionem reuocari primum teſtamentum: & ſic omnia reduci ad cauſam inteſtati. Quæ ſententia eam ob cauſam conſiſtere non poteſt, quod & textus noſter in teſtamento, licet imperfecto non in codicillo, loquatur: vt ipſemet Baldus & Salycetus annotarunt, & non niſi cæteris paribus, id eſt, omnibus requiſitis concurrentibus, locum habeat.

n Ita eſt, quoties in materia non teſtamenti, ſed diuiſionis paternæ verſamur, in qua teſtamenti ſubſtantialia deficiunt.

Et hanc quidem diſtinctionem ſenſit *Alex. hic nu. 7. 8.* quanquam non ita perſpicue, ſed contracte magis & paulo obſcurius rem exponat.

In hac ergo quæſtione, quando pupillaris ſubſtitutio in codicillis reuocatur, & impuberi venientes ab inteſtato ſubſtituuntur, quatuor reperiuntur opiniones.

PRIMA OPINIO.

Prima eſt Bartoli, quod in codicillis ſubſtitutio fieri, & prior reuocari potuerit.

RATIO BARTOLI.

Vbi imperfecta voluntas ſufficit, ibi non diſtinguimus codicillum à teſtamento. *d. l. militis codicillis.*

At in hac materia n. quando in prima voluntate extranei, in ſecunda venientes ab inteſtato vocati ſunt, minus ſolennis voluntas ſufficit, *per text. n. h.*

Ergo non diſtinguimus inter codicillum & teſtamentum.

Reſpon-

Responsio. Ex puris particularibus nil sequitur. Maior enim particularis est, ad voluntatem militis pertinens: quæ à parentis voluntate multis nominibus distinguitur. Minor, quod in materia text. nostri minus solennis voluntas sufficiat ad tollendam primam solennem, vera est, si quis animum testandi habuerit. At alius est Bartoli casus. Ibi enim clarum fuit patrem codicillari voluisse, & codicillum fecisse, non testamentum.

Addit Iason, Bartoli sententiam defendi posse, propter clausulam (omni meliori modo) quæ tacite testamento insit.

Nam Bartolus præsupponit patrem in codicillo fuisse testatum. At clausula non operatur, nisi concurrente voluntate, id est, quod quis testari voluit, & facultate, id est, quod actus requisita adsunt.

SECVNDA SENTENTIA.

Communis & vera, quod dispositio patris, in codicillo facta, valeat non iure directo, sed iure fideicommissi *per d.l. Scæuola ff. ad Senatusconsultum Trebell.*

TERTIA OPINIO.

Est Baldi & Salyceti.

Quod codicillus seu dispositio patris testatoris secunda neq; valeat vt substitutio directa, neque vt fideicommissum. Hoc enim in effectu sentire videntur.

Existimant tamen eam hactenus profuturam, vt tollatur prima dispositio: & proinde omnis successio deducatur ad causam intestati.

Hæc sententia etsi à Bartoli opinione prorsus discrepat: tamen non minus venientibus ab intestato ac Bartoli sententia fauet. Hoc discriminis est, quod ex Bartoli sententia successio fit ex testamento, ex Baldi & Salyceti opinione ab intestato.

Cæterum hæc opinio stare non potest, quod text. noster hic loquitur non in codicillo, aut in codicillante: sed in eo, qui testandi animum habet, & imperfecte testatur.

QVARTA SENTENTIA.

Quarta & vltima opinio est Alexandri distinguens, quæ hanc quæstionem cum iis, quæ supra disputata sunt, componit.

Aut enim sumus in codicillo, qui est casus Bartoli, & ipsius sententia falsa est: & communis tenenda erit: quod dispositio sit fideicommissum, *per d.l. Scæuola.*

Aut substantialia testamenti paterni etiam minus solennis, vel textus huius concurrunt, & opinio Bartoli saluari potest.

III. Ad hanc dispositionem quinque testes sunt necessarii, *text. & DD. h. ibi Castrens. num. 1. Alex. num. 1. Benedict. loco relato, num. 76. versic. primo quod interueniant. Zunt. loco relato, num. 703. 726. Dominic. de Magdalen. d. cap. 17. num. 2. & seq. Graff. §. testamentum. quæst. 54. num. 15. & quæst. 86. num. 4.* & quidem rogandi testes sunt. *Ias. h. num. 2. vers. secundo singulariter limita.* Et licet dubitet *Benedict. ibidem,* hanc tamen receptissimam sententiam esse docet *Zunt. in responso pro vxore, num. 619. cum seq. 681. 712. cum seq. Dominic. de Magd. d. c. 17. num. 19.*

IV. Requiritur, vt imperfectio sit ratione numeri testium, vt quia quinque vel tantum præsto fuerunt, vel tantum subscripserunt. *Ias. h. numer. 2. versic. limita istum* §. aliud, si aliarum solennitatum respectu imperfectum, aut imperfectio alia quam solennitatis, puta, ratione 1. voluntatis, 2. defectus ratione personæ testantis, 3. aut ratione *a* præteritionis esset. Nã vbi posterius ratione præteritionis filii, in potestate constituti, nullum est, testamentum non tenet, etsi in eo instituti sint venientes ab intestato, vt est textus in *l. filius. 7. ff. liber. & posthum.* Ibi enim primum testamentum conditum fuerat solenniter, vt proinde in illo filius, vel cum aliis institutus, vel exhæredatus esset: vt *gloss. ibi super verb. superius.* sentit. In secundo autem filius fuerat præteritus. Dixit Iureconsultus Paulus, testamentum illud 6

a Nullũ dubium est de testamento ratione voluntatis, aut ratione defectus personæ imperfecto: sed de eo dubitatur, in quo filii præteriti sunt. Neque dubium, hanc sententiam verissimam esse, quod textus *§. si prius.* ad *d.l. 2.* & ad *text. n. hic.* pertineat.

illud secundum non valere, nec superius rumpere, etsi viuo patre filius decedat. *p*

Interpretes ergo, vt hunc nodum dissoluant, §.*n.* de imperfectione ratione testium, textum autem *d.l.si filius.* de testamento, quod ratione præteritionis imperfectum sit, interpretantur. Ita sensere *hic. & ibi Castr. nu.2. Alex. num.9.* dicens communem. *Ias.num.2. omnes DD. ordinarie in d.l.si filius. ibi Bart. num.1.* dicens, hanc solutionem bene notandam, quæ optima limitatio sit ad *text. n. h. & Ias. nu.26.* qui ait, hanc veram solutionem, & omnes DD. eam tenere.

o Particula ET quæ est in textu, est hic ampliatiua, proponens ampliationē, quod testamentum nullū sit, etsi filius, viuo patre, decedat. *Ias. l. si filius. n.2. cum seqq.* & ita legunt textum Græci. Non enim καὶ, ET, sed κἂν, ETSI posuerunt. Videatur Postilla ad illū textum in editione D. Pacii.

DD. committunt text. §.*n.* cum *d.l.si filius.*

Verba hæc sunt textus. Si filius, qui in potestate est, præteritus sit, (id est, in secundo testamento) etsi, viuo patre, decedat, testamentum non valet, nec superius (id est, prius) rumpetur.

Vtrobiq; quidem testamenta duo, at magna iuris diuersitas, in vtroque casu.

Dicat aliquis, quid ni sit diuersitas, quum nulla inter casum §.*n.* & casum illius *l.si filius.* facti similitudo appareat?

Nam *in textu n.* in primo testamento extranei, in secundo venientes ab intestato instituti erant.

At nihil tale *in l. si filius.* dicitur.

Ergo hæc iura vtpote in diuersis terminis loquentia, inter se committenda non sunt.

Sed notandum, DD. hunc textum indefinite loquentem, indefinite accipere.

Non explicat textus, vtrum in primo testamento extranei instituti sint, filio exhæredato, an filius sit institutus.

Non etiam explicat, vtrum in secundo testamento venientes ab intestato instituti fuerint, an alii.

Ergo nihil prohibet, quin textus generaliter acceptus, etiam casum nostrum complectatur: & sic textui nostro opponatur.

Refellitur hic intellectus.

Quum enim hi casus, vtrum in primo testamento filius, an extranei, vtrum in secundo venientes ab intestato, an extranei instituti fuerint, in facto & iure diuersissimi sint: impossibile prorsus est, vt sub eandem decisionem copulari queant.

Ergo textum generaliter accipere non possumus: sed necessarium est, vt in specie illum accipiamus.

Adfuit, inquam, hic filius.

Ergo vt ad casum textus nostri conueniat, textum accipi oportet.

1. Vel generaliter de filio exhæredato, & instituto extraneo, aut instituto in primo testamento.

2. Aut de filio instituto:

3. Aut de filio exhæredato.

Generaliter non potest accipi, vt scilicet conueniat ad terminos n. §.

Neque etiam recte accipimus textum de filio exhæredato. Nam plurima extrinsecus, nulla necessitate cogente, præsupponenda forent: puta 1. institutio extranei hæredis. 2. ingratitudo filii. 3. exhæredatio facta.

Quæ vti non præsumuntur, ita neque præsupponenda erunt, quum nulla necessitas hoc facere cogat.

Dicendum ergo *in l. si filius.* filium in primo testamento institutum. Ita intelligendo, nihil aliud præsupponimus, quam quod ad validitatem testamenti præsupponi necesse est, id est, institutionem. Ita *Onofr. Perusinus & Angelus* textum intelligunt.

Hinc sequitur, quum hic filius in primo testamento institutus sit: nihil hunc textum ad materiam §.*n.* spectare, in quo extranei instituti fuerunt in primo testamento.

Sed quia semel in DD. disputationes ingressi sumus, cætera, DEO fauente, prosequimur.

DD. conciliatiò hæc est, de qua dixi. *q*

q §.*n.* loquitur secundum DD. quando secundum ratione solennitatis imperfectum: *l. si filius.* quando secundum ratione præteritionis imperfectum.

Verum huic conciliationi textus *l. si duobus. 12. §. si prim. ff. bon. possess. contra tab.* obstat. Nam ibi filius in primo testaměto exhæredatus, in secundo præteritus fuit, quemadmodum etiam *in d. l. si filius.* (si generaliter cum glossa textum intelligimus) accidit: & tamen posterius testamentum nullum non est: sed tollit primum testamentum, in quo filius fuerat exhæredatus: & filio secundum contratabulare licet.

Omnium pene interpretum ingenia circa huius antinomiæ conciliationem defecerunt.

Verba textus ita habent: *Si prius testamentum exstet iure factum, quo filius exhæredatus est: sequens imperfectum, in quo præteritus sit filius: posteriore testamento præteritus recte petet bonorum possessionem. (Ergo secundum testamentum fuit validum, & sustulit prius, secundum distinctionem sequentem) si remoto quoq; filio, potiores sunt in ea hæreditate posteriore testamento scripti hæredes. Et ita ius habet, vt quum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, (id est, qui in secundo testamento institutus est) amoto filio, possit obtinere hæreditatem, (id est, contra primum) filius quoq; recte videatur petere bon. possessionem. Si vero ille non possit obtinere hæreditatem, filius quoq; excludatur.*

Huic tamen conciliationi & præcipue textui *d. l. si filius.* obstare videtur *l. si duobus. 12. §. si prius. ff. bon. poss. cont. tab.* quam oppositionem DD. difficilimam, terribilē & talem esse perhibent, in cuius dissolutione non modo Bartolus sibi contrarius fuerit: sed & totus mundus laborauerit, ita vt tot interpretum sententiæ inueniantur, quot capita sint. Ita enim scribunt *Ias. h. num. 2. Castrens. in d. l. si filius. num. 11. ibi Alex. num. 4. vers. sed contra eam terribiliter facit. & Ias. num. 28.* Quin & *Vigl. in §. ex eo autem. Instit. quib. mod. testam. infir.* nec scio (inquit) an aliquis in hoc duntaxat tractatu nodus implicatior sit: & *nu. 7.* addit: hunc articulum vnum ex iis esse, qui tanquam scopuli quidam in immenso nostri iuris pelago extent. 7

Nam ibi casus talis est: quod pater duo testamenta fecit, prius perfectum, in quo filium exhæredauit: sequens imperfectum, in quo præteritus est filius. Dixit Iureconsultus, ita ius habere, quod posterius testamentum valeat: prius ergo tollitur, & contra posterius, filio præterito bonor. poss. datur, si remoto filio, potiores sint in ea hæreditate, posteriori testamento scripti hæredes, scriptis in primo.

I. Pro casu *d. §. si prius.* nota, in primo testamento non fuisse alios testatoris liberos hæredes scriptos: quia liberis nemo potior est. At hic talis facti species est, quod scripti in secundo testamento (remoto filio præterito) potiores esse possunt scriptis in primo. Porro si fingeremus in primo scriptos esse liberos, scripti in secundo nunquam scriptis in primo potiores esse possent, neque ratione successionis ab intestato, neque ratione testamenti.

II. Ita etiam dicendum non est, in secundo testamento liberos alios testatoris fuisse hæredes scriptos. Si enim in primo non fuere liberi instituti, ne in secundo quidem institui esse potuerunt. Quia si alios liberos testator habuisset, qui instituti, aut exhæredati non fuissent in primo, (vt hic dicitur 1. de vno tantum filio, qui exhæredatus sit in primo: 2. & quod nulli alii liberi in primo instituti sint: sed tales personæ, quibus scripti in secundo potiores esse possint) testamentum primum non potuisset dici perfectum. At perfectum est. Ergo ita casus ponendus est.

1. Quod in primo scripti sint extranei, in secundo venientes ab intestato, vt communiter DD. intelligere videntur.

2. Vel quod in primo & secundo scripti sint plane extranei. Nam & hoc casu scripti in secundo potiores esse possunt scriptis in primo, id est, vigore testamenti, quod tollit prius, remoto filio, quando aliud vitium quam præteritionis, testamentum non habet.

Neque enim ita casum constituere licet, quod in secundo testamento fuerint liberi instituti, si præsupponamus testatorem plures filios habentem, omnes exhæredasse in primo testamento, extraneos scripsisse hæredes, & deinde omnes liberos in secundo instituisse, vno præterito. Nam tali facti specie, si testator liberis noxam remisisset,

fiſſet, primum teſtamentum concideret. At hic præſupponitur teſtamentum eſſe validum.

Quare omnino præſupponendum, teſtatorẽ tantum vnum filium habuiſſe, quem in primo teſtamento exhæredarit, in ſecundo præterierit.

Conſtituta facti ſpecie, videndum, quomodo *d.l.ſi filius qui in poteſtate.* concilianda ſit cum §. *ſi prius.*

Et licet Iaſon poſt alios in *d.l.ſi filius.* vndecim conciliationes ex ordine proponat, quibus Bolognetus poſt Decium in *l.poſth.n.5.C.bon.poſſeſſ.cont.tabul.* duodecimum intellectum addit, quatuor tamen opiniones, in hac DD. diſputatione, præ cæteris eminent.

Prima ergo conciliatio hæc eſt: quod *d.l.ſi filius.* r in filio in poteſtate: textus autẽ §. *ſi prius.* in filio emancipato præterito in ſecundo teſtamento loquatur. Quo caſu præteritio filii emancipati non reddit teſtamentum nullum, neq; de iure ciuilii, neq; de iure prætorio: ſed expugnandum eſt per bonor.poſſ.cont.tab. vt eſt gloſſa ordinaria & approbata in *l.filium.20. in princ. verb.contra emancipatum.ff. bon. poſſ. cont. tab.* Vnde ex eo poteſt adiri hæreditas de iure ciuili. *l.ſi ex duobus.14.in princip. ff.bon poſſeſſ.cont.tab.* Quia emancipatus erat incognitus iure ciuili. §. *emancipato. Inſtitut. exhæredat. liber.* Quum ergo ſecundum teſtamentum valeret, non erat mirum, quod tolleret teſtamentum præcedẽs: *in d.§. ſi prius.* & ſecundum à filio præterito per bon. poſſeſſ. cont. tab. reſcinderetur. Hunc intellectum maximo conſenſu probant *DD. in d.l.ſi filius.ibi Bart.num.2.& Alex.num.4.* perhibentes intellectum verum, & *Iaſ. num.28. vſque 43.* vbi hunc late defendit, & magis communem atque tenendum dicit. Sequuntur DD. hic, *ibi Caſtr. num.3.* qui hunc intellectum non minus atque Euangelium verum ſemper viſum ſibi fuiſſe atteſtatur.

r Textus *l. ſi filius.* clare loquens in filio in poteſtate recento, per argumẽtũ a contrario ſenſu probat, aliud eſſe in filio emãcipato. Nam emancipati præteritione teſtamentũ non rumpitur, quod iure ff. certiſſimum eſt. Alciat. *d. l. ſi filius. n.9. Cuiac. l. ſi filio. ff. in iuſt. teſtam.*

Verum ab hac ſententia multi interpretes diſcedunt, & *Bald. in d. l. ſi filius.num.1.* eam falſam eſſe pronunciat. Quin & ipſemet *Bart. in d. §. ſi prius.* intellectum, quem in *d. l. ſi filius.* dederat, damnat, ea ratione, quod Iureconſultus in *d. §. ſi prius.* diſtinguat: Vtrum in ſecundo teſtamento inſtituti ſint venientes ab inteſtato, an non. At ſi in illo ſecundo teſtamento emancipatus filius præteritus eſſet: ea diſtinctione nihil opus, ſed indiſtincte teſtamentum valiturum fuiſſet. *Ita Bart. d. §. ſi prius. num.2. DD. in l. ſi filius. ibi Imol. num.3.* Et licet interpretes hic, & in *d. l. ſi filius.* ad hanc exceptionem replicent, quod in *d. §. ſi prius.* vltra præteritionem alius defectus, teſtium ſcilicet, fuerit, propter quem diſtinctionem illam Iureconſultus adhibuerit: Tamen alia hic quam præteritionis imperfectio admitti non poteſt: Vt proinde allata reſponſio conſiſtere nequeat.

Nam in caſu *d. §. ſi prius.* ex poſteriori teſtamento datur inſtitutis hæredibus bon. poſſ. cum re, ſi filius viuo patre deceſſerit: ſed ſi filius viuat, ſine re conſtituitur filio data bon. poſſeſſ. cont. tab. *Cuiac. in d. l. ſi filius.* At bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, formam teſtamenti iure prætorio ſtatutam, id eſt, ſignacula & teſtium numerum §. *1. Inſt. eod.* prærequirit. *l. cum tabula. 7. l. vt bonorum. 9. ff. bon. poſſ. ſecund. tab. ibi Cuiac. in paratit.* etiamſi præteritus, viuo patre, decedat: & in teſtamento ſcripti ſint venientes ab inteſtato. *l. poſthumus. 12.* s *in prin. & §. 1. ff. iniuſt. teſtam.*

s Vidẽda circa hunc textum, quæ ſup. in materia inſtitutionis hæredis, *fall. 24. 25.* dicta ſunt.

t Bolog. tamen ibi errorem apertũ defendit contra *l. 1. ff. iniuſt. teſtam.* Dicit enim per ius C. primum introductum vt imperfectum teſtamentum ſecundum rumpat prius perfectum.

Vt non immerito poſt *Decium Bolog.* t *in l. poſthumo. num. 50. & ſeq. C. bon. poſſ. cont. tab.* contendat, formam in teſtamento iure prætorio requiſitam in *d. §. ſi prius.* concurrere: & teſtamentum alia quam præteritionis ratione ibi imperfectum non eſſe. u

u Nam ſi alia quoque ratione nullũ eſſet, & ſic forma iuris prætorii deficeret, bonor. poſſeſſ. non daretur.

Vltra hanc primam rationem, qua præcitatus intellectus primus impugnatur, etiam hæc altera adfertur: quod is intellectus mere diuinatorius & restrictiuus sit: quum ille textus loquatur in dubio, & in dubio filius præsumatur in potestate, si non probetur emancipatus: *l. si emancipati. 9. ver. teq. emancipatum probatum fuerit. supr. coll.* & nullum verbum in textu de emancipato filio exstet: quod etiam illi, qui pro communi pugnant, ingenue agnoscunt. Hinc *Castr. in d. l. si filius. nu. 11.* Mihi (inquit) videtur, quod Bartolus hic ponat veritatem, cui nihil obstat, quam quod hic intellectus videtur continere diuinationem.

Et licet pleriq; hunc nodũ ea ratione extricare velint, quod inconueniens non sit: quum *tit. de bon. poss. cont. tab.* principaliter propter emancipatos, qui ciuili iure incogniti essent, inuentus sit: vt textus secundum rubr. sub qua situatus est, intelligatur. *DD. in d. l. si filius qui in potestate. ibi Ias. n. 30. 31. 32.* Tamen ab aliis recte respondetur, quod remedium *bon. poss. cont. tab.* etiam extensum sit ad filios in potestate, *vt l. 1. §. 1. l. illud. 4. §. fin. ff. bon. poss. cont. tab. l. is qui in potestate. 15. & l. si duo. 16. ff. leg. præst.* Ergo etsi textus is de emancipato etiam loqueretur, quod tamen negari non possit, quin diuinatio, restrictio, & violatio textus sit, si illum ad emancipatum filium restringamus, cum simpliciter & indistincte loquatur. *Imol. d. l. si filius. nu. 4.*

Secundus ergo intellectus fuit Onofrii Perusini in *tex. n. hic.* (quem Castrensis in *d. l. si filius.* præceptorẽ suum appellat) quod nullitas testamenti ob præteritionem, introducta sit fauore filii. Ergo si vtile sit *filio præterito*, vt testamentum consistat, nihil obstare validitati testamenti, filii præteritionem, ne inducta ob filii fauorem, in eius odium retorqueantur.

Hinc ille infert in textu *d. l. si filius qui in potestate.* ideo testamentum secundum nullum esse, quod in primo testamento filius institutus fuerit, eoque illi expedierit, vt secundum, in quo esset præteritus, nullum remaneret. In textu autem *d. §. si prius.* filium fuisse in primo testamento exhæredatum, in secundo præteritum, vbi vtile fuerit filio, vt secundũ testamentum valeret. Ita enim per secundum tolli primum: contra secundum autem dari filio bon. poss. cont. tab. absque iudicio & litis contestatione. At si secundum testamentum ob præteritionem nullum extitisset: primum per illud tolli non potuisset: sed filio exhæredato opus fuisset querela inofficiosi testamenti contra primum testamentũ, & contra exhæredationem factam, ad quod remedium ante *l. omni modo. 30. C. inoff. test.* necessarium erat, vt filius probaret, se patri exhæredanti gratum fuisse. *l. liberi. 28. C. inoff. test.* quod propter dubium litis euentum difficilimum erat. *l.* x *quod debetur. 52. ff. peculio.* Vt proinde multo fauorabilius filio esset, si secundum testamentum valeret, quam si propter præteritionem concideret.

x Ergo non dissimiles fumi venditoribus sunt, qui victoriam causæ promittunt. *Menoch. de arbitr. iudic. libr. 2. cent. 4. casu 344. n. 7.* Quemadmodũ enim multa etiam in causa iustissima incidere possunt, vt quis non vincat, vt sunt 1. error Aduocati. 2. defectus probationum. 3. error iudicis. 4. malitia iudicis: Ita qui victoriam litis promittit, vere alienũ factum promittit.

y Ius debet esse certum. Sed si intellectus Onofrii esset verus, ius non esset certum, sed variabile. Ergo intellectus hic verus non est.

z Nam si secũdum testamentum nullũ est propter præteritionem: & in primo institutus repudiat testamentum illud quoq; concidit, & filius successur' est ab intestato.

Etsi autem hic intellectus priore melior sit, & veritati magis accedat, eum tamen *Castr. Imol. Alex. & Ias. in d. l. si filius.* plane repudiant.

Tum (1) quod dispositio legis esset y incerta, si hæc sententia reciperetur, puta si filius in primo testamento exhæredatus, in secundo præteritus sit, fauorabile quidem filio erit, iuxta præmissa, vt secundum testamentum consistat. At fieri potest, vt stante hac eadem facti specie, filio, testamentũ secundum nullum esse, magis expediat: si institutus in primo hæreditatem repudiaret. z Atq; ita, retenta hac opinione Onofrii, ex diuersitate casuum ius variaretur: & dubium esset, quod admitti non debet. *Castr. d. l. si filius. nu. 10.* (Sed leuis hæc ratio est, quum text. *d. §. si prius.* isto casu loquatur, vbi instituti in primo & secundo testamento concurrunt.)

Tum

Tum (2) quod ſicut ſeſe habet teſtamentum ſecundum ad primum: ita ſeſe habeat gradus ſecundus ad primum. a

a Sicut ſe habet primus gradus ad ſecundum: ita ſeſe habet primum teſtamentum ad ſecundum. Sed ſi pater duos gradus fecerit, non diſcedimus à iuris diſpoſitione regulari propter fauorem filii. Ergo idem erit, ſi pater duo fecerit teſtamenta.

Quemadmodum enim, conſiſtente teſtamento primo, ſecundum locum non habet, ſed ita demum ſi ſecundum ſublatum ſit: ita ſecundus quoq; gradus ſumit effectum ex defectu primi.

Iam ſi demus, filium à primo gradu præteritum, à ſecundo exhæredatum: procul dubio filio ante *l. omni modo. C. inoff. teſtam.* magis expediuiſſet, ſi primus gradus conſtitiſſet: & ſic ab illo teſtamentum incepiſſet. Nam primum gradum contratabulare potuiſſet. At circa ſecundum querela & probatione gratitudinis opus fuit, quæ vt dictum eſt, ſumma difficultate non caruit. Ergo ſecundum Onofrii præcitatam ſententiam teſtamentum à primo gradu incipere debuiſſet.

Contrarium tamen clare deciditur in *l. 3. §. fin ff. liber. & poſth.* ſi ſcilicet ita teſtatus ſit paterfamilias, vt à primo quidem gradu filium præterierit, à ſecundo ſolo exhæredarit, perempto gradu, teſtamentum ab eo gradu exordium capere, vnde filius exhæredatus eſt.

Verum & hæc ratio parum valet: quinimo materia *d. §. ſi prius.* à textu *d. §. fin.* toto cœlo diſcrepat. Nam teſtator, qui poſt primum, aliud teſtamentum facit, vltro à primo teſtamento diſcedit: & poſterius ſubſiſtere vult: quando paganus cum duobus teſtamentis decedere nequit. Neque refragatur hac in parte teſtatoris voluntati filii ſententia, qui & ipſe, primo ſublato, ſecundum iure conſiſtere cupit, ſaluo tamen competente iuris remedio, id eſt, bonorum poſſ. cont. tab.

At vbi teſtator in vno teſtamento plures gradus ſtatuit, hæc eius cum iure congruens ſententia eſt, vt ſi primus gradus ſubſiſtere poſſit, conſiſtat: cæteroquin ſublato primo gradu, teſtamentum à ſecundo incipiat.

Quare in arbitrio filii à primo gradu præteriti eſſe non debet, vt de ipſius ſententia teſtamentum à primo gradu exordium capiat, & ita eludatur teſtatoris voluntas de iure valida. Non enim interpretatio ex *l. quod fauore. ſupr. legib.* obtinere debet, vt clara & de iure valida teſtatoris voluntas euertatur: quum in omnib. & per omnia teſtatoris voluntas præponderet, vbi de iure valida eſt.

Quare cum in *d. §. fin.* ipſe teſtator clare diſpoſuerit, quid fieri velit, ſi à primo gradu teſtamentum exordium capere non poſſit, eius ſententiæ ſtabitur. Ita ſi filius præteritus, & teſtamento clauſula codicillaris ineſſet, non liceret filios teſtamentum comprobare, & poſtea per bon. poſſ. cont. tab. reſcindere ad euertendum patris fideicōmiſſum. Quia iuris interpretationes non fiunt, vt validæ teſtatorum diſpoſitiones euertantur: ſed vt comprobentur potius atq; ſtabiliantur.

Tum (3) quod conſiſtente præcitato intellectu, quod videlicet tantum fauore filii teſtamentum ſecundum in *d. §. ſi prius.* conſiſteret, nihil referret, qui in ſecundo teſtamento inſtituti eſſent. At Iuriſconſultus ibi, vt deciſioni textus locus ſit, diſtinctionem adhibet, quare ſolus filii fauor ibi in conſideratione eſſe non poteſt. *Caſtr. d. l. ſi filius. num. 10.*

Et licet *Alex. ibidem, num. 4. verſic. vnde ſecundum Imolam.* hanc rationem debilem eſſe dicat: quum diſtinctio præcitata ibi fiat reſpectu defectus numeri teſtium: tamen hoc fundamentum procul dubio omnium maxime idoneum eſt, quo præcitatus Onofrii intellectus euertatur: quum alius quam præteritionis defectus in illo textu admitti nequeat per prædicta.

Hactenus ergo proposui intellectus duos *ad d.l. filius. & text.n.h.*

Tertius intellectus est duorum præstantium DD. Decii videlicet & Bologneti in sede extraordinaria, puta *in leg. postumo. supr. de bonor. possess. cont. tab.* de quo in sedibus ordinariis, id est, *in d. leg. si filius. & in textu n. h.* nemo ex omnibus DD. quos mihi videre contigit, meminit.

Illi ita sentiunt *l. si filius.* secundum iura ciuilia procedere: textum autem §. *si prius.* loqui de iure prætorio, & in tali testamento, vbi forma iuris prætorii concurrit.

Ergo etsi testamentum iure ciuili nullum sit, ob filii in potestate retenti præteritionem: aliud tamen est secundum illos iure prætorio, & in testamento, in quo forma iuris prætorii concurrit. Quam opinionem contra communem & magis communem DD. sententiam defendit *Bolognet. in d. l. postumo. num. 45. vsq. 50.* vbi XIII. fundamenta pro hac opinione refert, quam & ego probaui supra in materia institut. hæred. ad regulam: Quod liberi instituendi vel exhæredandi: fallen. 25.

Hanc sententiam verissimam esse nihil dubito, sed non sufficit pro extricando hoc nodo. Est, inquam, vera sententia, sed non perfecta, aut perfecte declarata.

Nam si ratio diuersitatis inter casum *d.l. si filius. & d. §. si prius.* tantum in differentia iuris ciuilis & prætorii consisteret: Iurisconsultus Paulus *in d. §. si prius.* non distingueret, quæ & quales personæ in secundo testamento essent institutæ. Non, inquam, faceret differentiam inter personas institutas.

Excipit Dn. Bolognetus, Iurisconsultum non distinguere inter personas, vtrum nimirum venientes ab intestato, an alii instituti sint: sed eius distinctionem pertinere ad testamentum: & hanc esse sententiam: spectandum, vtrum testamentum alium defectum habeat præter præteritionem, an non.

At DD. communiter duabus rationibus contendunt, Iurisconsulti distinctionem ad personas pertinere.

1. Nituntur verbis textus, quæ manifeste ad personas hæredum referuntur. *Si prius* testamentum (inquit Paulus) extat iure factum, quo filius exhæredatus est, sequens imperfectum, in quo præteritus sit filius: posteriore testamento præteritus recte petit bonorum possessionem: si remoto quoque filio, potiores sunt in hæreditate posteriori testamento scripti hæredes, &c. Nil ergo Iurisconsultus de testamento dicit: sed ad suam decisionem potius prærequirit formam iuris prætorii concurrere: quum bonor. poss. ex testamento competere dicat.

2. Nituntur claris textibus, quod testamentum, in quo filius est præteritus, ne iure quidem prætorio cum effectu valeat, ita vt remoto filio, ex tali testamento, instituto bonor. possessio cum re detur, nisi duo simul concurrant: quod videlicet 1. forma iuris prætorii concurrat, & 2. in tali testamento venientes ab intestato hæredes scripti sint.

Ita est casus *in leg. postumus. 12. § 1. & in l. filio præterito. 17. ff. iniust. testament.* Ibi enim *in l. postumus. §. 1.* talis casus fuit. 1. Filius in potestate præteritus fuit, vt *ibi gloss. super verbum, iniustum.* textum recte exemplificat. 2. Venientes autem ab intestato fuerunt hæredes instituti. 3. Filius viuo patre remotus (id enim ex principio textus repetendum.) 4. testamentum est signatum. Nam & hoc ex principio repetendum. Quæritur: an instituto hæredi bonorum possess. detur? Respondet Iurisconsultus, illum obtenturum hæreditatem, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.

Diserte Iurisconsultus requirit, institutum esse venientem ab intestato. Ergo non sufficit, testamentum habere formam prætoriam.

Valet ergo testamentum iure prætorio, vbi forma prætorii iuris concurrit: sed cum effectu bonorum possessio non datur, nisi venienti ab intestato. At si extraneus institutus sit: dabitur quidem bonor. possess. sed sine re. Quoniam ab hærede scripto legitimi euincere possunt hæreditatem. *Cuiac. d. l. si filius. ff. liber. & postum.*

Ergo vera quidem Bologneti sententia est: sed non est sufficiens, nisi cum ea iungatur intellectus sequens, ita quidem vt 1. & forma testamenti prætoria concurrat. 2. & instituti sint venientes ab intestato in secundo testamento.

Tertium intellectum proponit *Bolognet. in d. l. postum. supr. bonor poss. ff. cont. tab.* quod testamentum, in quo forma iuris prætorii concurrit, filii in po-

potestate, aut emancipati præteritione non annulletur. Quam sententiam ipse contra communem latissime defendit *ibi num. 45. cum seqq. & numer. 50.*

Ex hoc dogmate post Decium suum intellectum constituit: quod textus accipiendus sit de iure prætorio, & de tali testamento, in quo forma iuris prætorii concurrit. De hoc ergo testamento dubitatur, (ait ille) an per illud primum fuerit sublatum. & ratio dubitandi ex *d. l. si filius.* adferri potest.

Contrarium autem determinatur, quod primum tollatur, non obstante præteritione filii: dummodo in tali testamento non sit alius defectus quam præteritionis: ita quod remoto filio, scripti hæredes potuissent obtinere hæreditatem: sed si esset alius defectus, ita quod amoto filio, non possent scripti hæredes obtinere hæreditatem: tunc & filius excluderetur.

Etsi autem in puncto iuris verior hæc sententia sit, quod testamentum ob filii præteritionem iure prætorio ab initio nullum non sit, vt supra dictum fuit: tamen præcitatorum iurium pugnam Bolognеti doctrina non tollit.

Tum (1) quod contra hanc conciliationem pugnet distinctio à Iureconsulto allata. Si enim illa ad text. decidendi ratio adferri posset, quod testamentum secundum iure prætorio validum, testamentum prius sustulisset, sequeretur, sine omni distinctione decisionem textus processuram fuisse. At distinguit IC. Neque valet Bologneti saluatio, quod Iureconsultus, distinctione proposita, non ad personas in secundo testamento scriptas, sed huc tantum spectarit, vt doceret causæ cardinem in eo verti, vtrum aliud vicium præter præteritionem in secundo testamento subsit, an non.

Hanc enim Iureconsulti mentem non esse, sed totam decisionem in eo tantum fundari, vt distinguatur, vtrum in secundo testamento venientes ab intestato, an alii instituti sint, *ex d. l. posthumus. 12. §. 1. & l. filio præterito. 17. ff. iniust. testam.* clarissimum est. Nam ex illis textibus, & maxime ex *d. l. posthumus.* constat, si filius præteritus sit, tum demum, remoto filio, illi qui institutus est, bon. poss. secund. tab. dari: & proinde testamentum cum effectu consistere, quando is hæres scriptus est, qui rem ab intestato auferre possit. Non ergo sufficit formã testamenti prætoriam concurrere: quum extraneo ex eiusmodi testamento bon. poss. quidem detur, sed sine re, legitimis scilicet hæreditatem ab illo euincentibus. *Cuiac. d. l. si filius.*

Tum (2) quod testamentum secundum iure tantum prætorio consistens, non possit tollere testamentum prius, iure ciuili validum. Etsi enim de iure prætorio ex testamento bonor. possess. peti possit: tamen nisi & ex eo, iure ciuili hæreditas adiri possit, per tale testamentum prius non rumpitur, eam ob causam, quod vt Prætor hæredem non facit, ita ne efficere quidem possit, vt qui iure ciuili hæres est, hæres esse desinat. *Ita est gloss. l. si quis 16. §. fin. verb. si viuo se. ff. vulg. & pupill. gloss. l. cum in secundo. 16. verb.* b *potuerit. ibi DD. & latissime Imol. ff. iniust. testament. §. quos autem. Instit. bon. possess.*

b Fragile hoc est fundamentũ. Constat enim testamẽtum, ex quo iure ciuili hæreditas adiri potest, contratabulari posse. *l. quod vulgo. 17. ff. bon. possess. cont. tab.* Ideo huius argumenti explicatio requirenda apud Imolensem in loco infra relato. Et dicit *Alex. d. l. si filius. num. 4.* quod *Bart. & DD.* magis communiter contra glossas hasce tenent: & quod contraria verior sit: quum alioquin concedendum foret, paganum cum duobus testamentis decedere posse.

Etsi autem hoc posterius fundamentum defendi nõ possit, quum constet testamentum, ex quo iure ciuili hæreditas adiri potest, contratabulari posse. *d.l.quod vulgo.* c *19.ff.bon.poss.cont.tab.* Et nisi admittatur testamentũ iure prætorio consistens, il ud prius de iure validum tollere posse, concedi debeat, paganum cum duobus testamentis decedere posse.

Vt proinde contraria sententia non modo à Bartolo & DD. magis communiter approbata, sed etiam verior sit, vt testatur *Alexand. d.l.si filius. num.4. Imola*, qui relatis omnium interpretum opinionibus, late distinguit in *d. l. cum in secundo.* Tamen communiter DD. tam hic, quam in *d.l.si filius.* decisionem *d.§.si prius.* in fauore venientium ab intestato fundari *d* contendunt.

Quarta ergo & vltima opinio, quæ omnium maxime veritati accedit, hæc est: Quemadmodum posterius testamentum ratione solennitatis imperfectũ, in quo venientes ab intestato instituti sunt, superius tollit, vt hic & *l.2.ff.ininst.testament.* Ita idem esse, *e* si secundum testamentum ratione præteritionis filii familias imperfectum sit: dummodo in eo vltra formam iuris prætorii, termini *d.l.2.* concurrant: ita quod in primo extranei, in secundo venientes ab intestato hæredes instituti sint, quemadmodum in *d.§.si prius.* accidit. Etsi enim testamentum, in quo filiusfamilias præteritus est, iure ciuili ab initio nullum sit: & ex recepta iuris regula, etiamsi viuo patre, filius decesserit: non conualescat: *§.1. Institut.exhæredat.liber.* Vt proinde superius testamentum non rumpat: *d. l. si filius. qui in potestate.* Aliud tamen est, si in primo testamento extranei, *f* in secundo venientes ab intestato hæredes scripti sint. Tunc enim testamentum, in quo filius præteritus est, odio extraneorum in primo testamento scriptorum, atque fauore venientium ab intestato primum tollit: ita quidem vt sublato primo, secundum à filio contratabuletur.

c Vulgata exemplaria ibi habẽt: quod vulgo dicitur, liberis datam bon.possessionem cõtra legem, legendũ contra lignum, id est, contra tabulas testamenti, quæ ligneæ erant.

d Si ergo respectus habetur ad personas, nõ potest sententia Bologneti consistere. Quia si huc pertineret, decisio textus sine distinctione procederet.

e DD. autem hos casus distinguunt, vt ex iis patet, quæ circa hoc requisitũ 4. *in princip.* & circa conciliationem *l. si quis filius.* & *textus nostri* dicta sunt, liquet

f Extraneos dicimus etiam testatori coniunctos, qui tamen non obtinent proximũ succedendi locũ. Nam qui proximi sunt, illi venientes ab intestato rectedicuntur.

Etsi plures conciliationes inter §. *n.* & *textum d.§.si prius.* exstent: hisce tamen quatuor intellectibus, quos enumeraui, contentus sum.

Et in hoc vltimo tandem consisto, quod casus §. *n.* & *d.l.2.ff.ininst.testam.* à casu *d.§.si prius.* separandus non sit, quo ad hoc, vt per secundum testamentum imperfectum tollatur prius.

Sed ne impingamus, aduertendum, hos casus inter se conuenire & differre.

Conueniunt.

1. Quia vtrobiq; testamentum secundum imperfectum, primum perfectum.

2. Quia vtrobiq; necessum est, vt in primo testamento extranei, in secundo venientes ab intestato sint instituti.

3. Vtrobique eadem iuris decisio, quia primum perfectum tollitur per secundum imperfectum.

Diuersitas autem est in specie imperfectionis.

Nam in nostro casu imperfectio est ratione testium: *in §.si prius.* imperfectio est ratione præteritionis.

Hinc sequitur etsi *in §.n.* quinque testes sufficiant: tamen decisionem *§.si prius.* non aliter obtinere, nisi tale sit testamentum, ex quo bon.possessio peti potest: ita vt septem testes adsint, & testamentum fuerit signatum. ita *§.si prius.* loquitur.

Sed iam rationes huius sententiæ proferamus, refutatis iis, quibus hic intellectus noster impugnari posse videtur.

Tum (1) quod hoc pacto, quando in primo extranei, in secundo venientes ab intestato instituti sunt, paulatim reuertamur ad ius commune, vt proinde in tali facti specie, testamentum solenne primum, per secundum imperfectum tollatur, *d.l.2.d.§.si prius.*

Tum

Tum (2) quod ad hoc, vt secundum testamentum tollat prius, nulla probabilis ratio diuersitatis *g* inter testamentum imperfectum ratione solennitatis, & inter testamentum imperfectum ratione præteritionis monstrari possit: si de nullo præteriti incommodo & præiudicio agatur. licet alias hæ formæ testamentorum non parum inter se differant. *Vigl. §. ex eo. num. 6. Institut. quib. mod. testam. infirm.*

Tum (3) quod in casu *d. §. si prius.* omnibus hæredibus, tam illis scilicet, qui in primo, quam qui in secundo scripti sunt, concurrentibus, vt ibi præsupponitur, non noceat filio, testamentum validum haberi, sed illi potius vtilius sit, quum inualido existente secundo, primum à filio per querelam expugnandum foret, quod alias per secundum tollitur. Secundum autem filius nullo negocio contratabulare potest. Et hanc sententiam tenet *Bart. in d. §. si prius.* omnibusq; aliis planiorem esse contendit *Ias. d. l. si filius. nu. 43. cum seqq. ibi Cuiac. eleganter defendit. Vigl. d. §. ex eo autem solo nu 5. cum seq.* Quæ plenius explicari possunt, si præcedens Decii & Bologneti intellectus cū hoc quarto intellectu iungatur.

Neque obstat huic sententiæ *d. l. si filius.* Nam respondent *h* DD. ibi, in secundo testamento venientes ab intestato hæredes institutos non fuisse. i *Bart. d. §. si prius. num. 3. Alex. d. l. si filius. num. 4. vers sed aduerte. ibi Ias. numer. 43. Vigl. loco relato. num. 7. prope fin. Onciacus quæst. Academic. 29. in fin.* Et licet *Bald. Ang. & Imol.* hanc solutionem diuinatoriam esse putent: Tamen *Ias. loco præcitato,* obiectionem hanc diluit.

Ad quam responsionem hoc quoque addendum, siue in secundo testamento extranei, siue venientes ab intestato instituti fuerint, hoc satis constare, quod termini illius legis ad nostram materiam non congruant: quum in *d. l. si filius.* in primo testamento citra omnem dubitationem filius hæres institutus fuerit. Ita *Onofr. & Ang. hic.* textum illum intelligunt rectissime. Quemadmodum enim de iure fieri non potest, vt textum ad materiam hanc nostram collatum indistincte intelligamus: quasi nihil referat, vtrum in primo testamento filius, an extranei, filio exhæredato, fuerint instituti: quum hi casus in facto & iure plurimum differant: eoque sub vnam iuris determinationem cadere nequeant: Ita quum perfectum prius testamentum fuerit, aliud quam necessitas flagitat, non præsupponimus, id est, filii institutionem. Ingratitudo autem & exhæredatio vt non præsumuntur: ita ne quidem frustra, id est, nulla necessitate cogente, præsupponenda erunt.

Ita etiam nihil hanc sententiam impugnat *d. l filio præterito. 17 ff. iniust. testam.* Vbi instituti fuerunt alii fratres, & sic proximiores venientes ab intestato: & tamen testamentum non valebat, nisi postea fuisset confirmatum per abstinentiam, sed non abstinendo non valeret. Circa quem textum Bartolus pro solutione cogitandum relinquit Et *Bolog. d l. posth. nu. 50.* per hunc textum intellectum propositum confundi dicit.

Nam respondeo cum Angelo *k* hic distinguendum, vtrum vnum tantum testamentum conditum, an vero plura facta, ac proinde quæstio de tollendo primo testamento sit, vel non sit. Neque enim in iuribus præcitatis, puta in textu n. h. & *d. §. si prius. d. l. 2.* de validitate testamenti quæritur:

g At dicat aliquis, testamentū, in quo filius præteritus, est nullum. Respon. Idem est, si alia solennia deficiant. Item, opponat aliquis, vbi filius præteritus est, agitur de præteriti incōmodo, non sic est, vbi testamentū ratione solennitatis nullū. Respon. hic de nullo filii præiudicio agi: & tali in facti specie textum *§. si prius.* loqui, vt testamentum secūdum, in quo filius præteritus est, consistere præterito expediat.

h Breuiter respondendum, casum illius textus ad terminos nostrorum textuum non congruere. 1. hic requiruntur duo testamenta. 2. Necesse est, vt in primo extranei, in secūdo venientes ab intestato sint instituti. Porro nemo probabit talem *d. l. si filius.* casum esse.

i Id est, respondent terminos esse disparatos.

k Retineo quidem distinctionem Angeli, sed illius sententiam per omnia non probo. Dico illum textū esse extra metas nostræ disputationis. In *l. 2. ff. iniust. testam. & in d. § si prius.* atque in *textu nostro* quæritur: quomodo prius testamentum per posterius imperfectum. Ad hoc ergo, vt termini habiles sint, requiruntur 1. duo testamenta, primum perfectum, secundum imperfectum: 2. vt in primo extranei, in secundo venientes ab intestato sint instituti. Non quærimus de testamenti validitate, quod notetur: sed quo pacto testamentum imperfectum tollat perfectum.

ritur: ſed hoc potius diſputatur, quo pacto teſtamentum imperfectum prius perfectum tollat. Vt proinde termini horum textuum habiles non ſint, niſi ſecundum teſtamentum imperfectum, & in primo extranei, in ſecundo venientes ab inteſtato inſtituti ſint. Vbi autem vnicum teſtamentum extat, regulæ ſtamus: Quod teſtamentum præteritione nullum ſit, etiamſi in teſtamento alii liberi inſtituti eſſent.

Vt enim teſtamentum paternũ minus ſolenne liberorum fauorem reſpicit: ac proinde in eo præteritiones, aut exhæredationes fieri nequeunt: Ita & in ſolennibus teſtamentis liberorum fauore introductum eſt, quod eiuſmodi diſpoſitiones propter præteritionem concidant.

Fieri ergo nullo modo poteſt, vt eiuſmodi teſtamenta, in quo liberi præteriti ſunt, ſubſiſtant.

Quæ cum ita in teſtamentis inter liberos ſeſe habeant, minime profecto dubitandum, ſi liberis præteritis, extranei in teſtamento ſcripti hæredes forent, quin teſtamentum nullum ſit. *l.1.ff.iniuſt.teſt.l. Gallus.ff.de liber. & poſthum.§.aliud quoq; capitulum. in Auth.vt cum de appell.cognoſc.*

At ſi filius præteritus, viuo patre, decedat: aut poſt mortem patris, à bonis patris ſe abſtineat: teſtamentum ex æquitate ſuſtinetur, & ex eo, ſi ſignatum ſit ſeptem teſtium ſignis, datur bon.poſſ.ſecund.tab.cum re. l *d.l.poſthumus.12.in princ.& §.1.ff.iniuſt.teſtam.* Ad quem textum videnda, quę in materia inſtitutionum fall. 24. & 25. dicta ſunt. Ita intelligatur etiam *d.l.filio præterito.ibi DD. & Cuiac.Vaſq.de ſucceſſ.creat.lib.2.§.11.num.5. Cuiac.ad d.l.ſi filius qui in poteſtate.*

l Aliqua tamen hic etiam in DD. diſcrepantia eſt. Nam aliqui putant, teſtamentum tale iure prętorio ex poſt facto cõualeſcere, vt ſupra in materia inſtitutionum loco relato etiam memini, & tradit *Angel.h.& DD.* relati per *Vaſqu.* quos ille ſequitur. Verius eſt ab initio tale teſtamentum iure prætorio conſiſtere. Deinde ſcribit *Ang.* ſe non diſtinguere, in hoc ſc. primo, quando vnum tantum teſtamentum extat, & filius præteritus viuo patre, decedit, vtrum in teſtamento ſint inſtituti extranei, vel venientes ab inteſtato. At text *d l.poſtumus.§.1.* illi clare refragatur, vbi diſertis verbis requiritur, vt bon. poſſeſſ. ei data ſit, qui ab inteſtato rem auferre poſſit: & ita etiam loquitur *d.l.filio præterito.* Nam etſi teſtamentum ſeptem teſtium ſignis obſignatum, iure prætorio conſiſtat: tamen vbi in eo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato, & filius præmoritur, venientibus ab inteſtato datur poſſeſſio cum re, extraneis poſſeſſio ſine re. Et quod idem *Ang.* addit, ſe etiam non diſtinguere inter poſthumum vel iam natum præteritum in hac noſtra quæſtione, de eo videndus idem *Cuiac.d.l.ſi filius. & d.l.filio præterito.*

In quæſtione autem noſtra, vbi duo teſtamenta extant, ſuperius perfectum, ſequens imperfectum, fauore venientium ab inteſtato prius tollitur, ſi in illo extranei, in ſecũdo autem venientes ab inteſtato fuerint ſcripti hæredes: quum hoc pacto ad ius commune ſucceſſionis legitimæ reducamur, textus eſt *h. & in d.l.2.* A qua ſententia ideo materiam textus §. *ſi prius.* iura non exceperunt, quod hæc ſententia filio non modo nihil præiudicii inferat: ſed multum potius adferat compendii, per prædicta.

Cui porro conſequens eſt, quod DD. communiter *d.§.ſi prius.* non ſatis recte à materia *d.l.2.& textus noſtri hic.* ſeiunxerint. Etſi enim inter caſus horum textuum, quando ſcil. teſtamentum ratione ſolennium, aut ratione præteritionis imperfectum eſt, magna alias differentia *m* ſit: Tamen in hoc conueniunt, quod & in caſu *d.l.2.* atq; textus noſtri *h. & in d.§.ſi prius.* per poſterius teſtamentũ imperfectum, prius perfectum tollatur. Neq; dubium eſt, teſtamentũ illud quoq;, in quo liberi præteriti ſunt, imperfectum dici poſſe. De quo videantur *DD. in d.l.ſi filius. ibi Raph. Cuman. Iaſ.num.43.& Cuiac. Bolog.d.l.1.num.51.verſ.ſimiliter. Vigl.d.§.ex eo.num.6.*

m I. Aliud eſt imperfectio ratione ſolenniũ, aliud imperfectio ratione præteritionis. id quod ipſo ſenſu notũ eſt. Neq; cogitandum in §. *ſi prius.* vtrãq; imperfectionẽ concurrere. Eam enim ſententiam falſiſſimam eſſe, hinc patet, quod ibi datur bon. poſſeſſ. ſecun. tab. Ergo ſignatum teſtamentum fuit ſeptem teſtium ſignis. II. Et quemadmodum hæc teſtamenta differunt re ipſa: ita etiam plurimum diſcrepant effectu. Nam teſtamentum, in quo ſolennia deficiunt, valet inter liberos: id, in quo præteritio facta eſt, inter liberos non valet, &c. Sed in hoc conueniunt, 1. quod vtrumque nullum eſt. Vbi enim præteriti liberi, ibi teſtamentum nullum. Vbi ſolennia non adhibita, extra caſum teſtamenti paterni, ibi teſtamentum nullum. 2. Conueniunt in eo, quod vtrumque teſtamentum ſecundum præmiſſa prius tollit.

Intel-

Intellectu constituto, quod quo ad testamentum solenne perfectum tollendum, non differat testamentum ratione solennitatis imperfectum ab eo, quod ratione præteritionis imperfectum est, tria vulgo obiici solent.

I. Text. *d. l. si filius.* vbi testamentum ratione præteritionis imperfectum non tollit perfectum.

Respondeo: Argumentum esse à disparatis. Nam nemo vnquam probauit, nemo in æternum probabit, terminos illius legis & textus esse pares, id est, ibi in primo extraneos, in secundo venientes ab intestato esse institutos, quemadmodum in casu nostro accidit.

Et licet DD. textum generaliter intelligendo casum nostrum comprehendi velint: Tamen illum sensum consistere non posse demonstratum est.

Econtra demonstari probabiliter potest, quod ibi in testamento primo filius, non extraneus institutus fuerit.

II. Opponitur *l. filio præterito. ff. iniust. test.* vbi filio præterito & venientibus ab intestato institutis, testamentum tamen nullum est, nisi filius patris hæreditate abstineat.

Responsio. Esse & hic terminos disparatissimos.

Ibi quæstio de vno testamento, nos de duobus agimus.

Ibi de vnius testamenti validitate quæritur: nostra disputatio est, quomodo testamentum imperfectum tollat prius perfectum.

III. Ferrariensis, quem refert *Bologn. in d. l. posthumo. num. 50.* refellit intellectum nostrum, per argumentum ab absurdo.

In text. nostro h. testamentum secundum tollit primum fauore venientium ab intestato. At fauor venientium ab intestato non potest in *§. si prius.* in considerationem venire: quum filios illos præcedat, *n* & ipsi sint filio posteriores.

Ego respondeo 1. duas ibi quæstiones esse. Prima principalis, à qua altera dependet, hæc est: vtrum secundum testamentũ, in quo venientes ab intestato instituti, tollat primum: Altera, de bonor. possess. contr. tab. filio competente, contra secundum testamentum. Atqui de bon. possessione hic constitui nihil potest, nisi ante omnia præsupponatur, primum testamentum sublatum esse per secundum, in quo instituti venientes ab intestato.

Quare naturæ simul atque iuris ratio exigit, vt hic ante omnia de fauore venientium ab intestato quæratur.

2. Deinde fauorabile quidem est filio, in hac facti specie, vt secundum testamentum viribus consistat. Atqui hic fauor filii immediata causa & ratio decidendi esse nequit. Neq; enim filius & validitatem testamenti secundi allegare, & contra illud per remedium per bon. poss. cont. tab. niti potest: quum repugnantia hæc sint, actus validitatem allegare, & eundem actum euertere velle.

Quare hic ex regula iuris, puta ex *l. 2. ff. iniust. test.* fauore venientium ab intestato primum testamentum ante omnia tollitur: & sic secundum testamentum validum esse monstratur, quo in persona venientium ab intestato iam constituto, filius deinde ex sua persona testamentum secundum per bon. poss. cont. tab. rescindit. Ergo licet filio fauorabile sit, testamentum secundum (quemadmodum auditum est) consistere: ille tamen testamenti validitatem non allegat: sed eam in persona venientium ab intestato iam constitutam ex effectu primi testamenti sublati præsupponit.

n Filius præcedit ratione gradus: non pcedit ratione status illius causæ, de qua ICtus ibi disputat. Quum ex textu clare constet, non de filii modo, sed & venientium ab intestato fauore quæri: & primũ omniũ ibi haberi rationẽ fauoris venientiũ ab intestato. Nã si illi vincere possunt contra primos: vincit & filius. Si illi vincere nequeant, ne filius quidem obtinere potest.

Hisce concurrentibus, per secundum testamentum imperfectum superius tollitur.

8 Amplia 1. vt primum testamentum tollatur non tantum, si in secundo imperfecto venientes ab intestato, proximum locum tenentes, expressis nominibus instituti sunt: quod aliqui hic requirunt, *Cephal. consil. 519. num. 20.* sed etiam isto casu, quando testator post primum testamentum, coram quinq; solum testibus dixit, se nolle, vt prius testamentum valeat. Velle enim se ab intestato decedere. *Ias. h. nu. 1.* In quam sententiam plurima allegat *Domin. de Magdal. d. c. 17. num. 21. cum seqq.* Quibus addantur, quæ supra tradita sunt ad *d. l. hæredes palam. §. si quid post.* o *vers. declara secundo, si testator coram septem testibus.*

o Ibi cum DD. locutus sum de septẽ testib. & recte. Nam illud procul dubio est testamentũ. Hic sufficiũt testes quinque. Hæc dispositio tollit quidem primum, sed nõ est testamentum, vt textus hic dicit.

Amplia

Amplia 2. siue testator in scriptis, siue nuncupatiue disponat. *Ias. h. nu-mer. 1. Domin. de Magd. d. c. 17. num. 15. 16.*

Amplia 3. Nam etsi textus hic dicat, secundam defuncti voluntatem 9 non quasi testam. sed quasi voluntatem vltimam intestati valere: Vnde *Bald. Castr. Sal. hic* inferunt, ex hac voluntate hæreditatem, vt ex testamento adiri non posse: & hæredis institutionem scriptam in tali vltima voluntate non solenni, non habere effectum: sed hæreditatē ab intestato ad eundam esse: ita vt omnes venientes ab intestato æquis portionibus, admittantur ab intestato: non autem pro portionibus, pro quibus scripti sunt: etsi legata & fideicommissa ex tali dispositione debeantur: p *Bald. Castr. Sal. h. Grass. d. §. testam. q. 54. nu. 15.* Tamen contrarium, quod ex tali voluntate etiam hæreditas ex testatoris dispositione debeatur, & proinde non vt ab intestato, sed vt ex dispositiua voluntate hæreditas adiri possit, tenet *Bart. in d. §. si prius. num. 3.* cuius sententiam veram dicit *Alex. h. num. 9. sequitur Ias. num. 2. vers. in textu, ibi Dom. de Magd. d. c. 17. num. 10. & seq.*

p Propter quinque testes, qui ad talem dispositionem, & ad codicillos sufficiunt.

Tum (1) quod testamentum hoc contratabulari possit: *d. §. si prius.* Ergo testamentū est. *d. l. quod vulgo. 19. ff. bon. poss. cont. tab.* (Verum q hanc rationem tantum in casu *d. § si prius.* vbi testamentum septem testium signis signatum fuerat, militare, & ibi duplicē imperfectionem admitti non debere, ex præcedentibus constat. *Cuiac. d. l. si filius. & d. l. filio præterito.*)

q Conuenit materia *d. §. si prius.* cum *l. 2.* & textu nostro h. in eo, quod vtraque dispositio primum testamentum tollat, sed in aliis differunt. In casu §. *si prius.* habet locū bonorum possessio secundum & cōtra tabulas. De textu nostro hic, aut *l. 2.* iura hoc nō dicunt. Nam quod DD. textum *d. §. si prius.* de duplici imperfectione accipiunt, id stare non potest, vt ex *d. l. postum. in prin. & §. 1.* liquet.

Tum (2) quod si testator intestatus, quo ad posterius testamentum, decederet, non tolleretur prius. Quia ita demum superius tollitur, si posterius tale sit, vt ex eo adiri hæreditas possit, vt supra ad *l. hæredes palam. §. si quid post.* dictum est. *Raph. Fulgos. h. ibi Ias. num. 2. § posteriore. Instit. quibus mod. testam. infirm.* (Sed ne hoc quidem fundamentum satis idoneum est. Nam casum hunc singularem DD. hic perhibent, in quo causa intestati tollit causam testati.)

Tum (3) quod textus hic nequaquam dixerit, testatoris dispositionem omnino concidere, aut totum ius successionis ad causam intestati reduci: sed potius vult, testatoris voluntatem atq; dispositionem viribus consistere debere. Ergo hoc tantum in quæstionem vocatur, quo modo hæc testatoris dispositio valere debeat, iure ne testati, an intestati. Et quum successio testamentaria expressa atque dispositiua, intestamentaria autem tacita & permissiua defuncti voluntate nitatur: hic media quædam species successionis datur, quæ nec proprie testamentum, neque proprie successio ab intestato est, sed de vtraque participat. Successioni ab intestato in hoc conuenit, quod solennia testamenti deficiant: eoque dispositio hæc testamentum non sit. Cum successione autem testamentaria hoc commune habet, quod non ex nuda permissiua, sed & ex dispositiua testatoris voluntate succedatur, quemadmodum & in casu *l. filii. & l. fin. supr. famil. herciscund.* accidit: & huc præcitatam Bartoli sententiam spectare iudicat *Alex. h. num. 9.*

At vbi forma iuris prætorii concurrit, vt in *d. § si prius.* bon. poss. datur.

Ita iudico dicendum.

Aut quærimus de effectu tollendi primi testamenti: & nullum dubium est, quin casus *d. l. 2. & textus n. h.* cum materia *d. § si prius.* parificentur.

Aut quærimus, vtrum succedatur ex testamento, vel ab intestato, vel alia ratione, & de remediis: & subdistinguo: Nam *in d. § si prius.* adest forma iuris prætorii: datur ergo bonorum poss. secund. tab. & cont. tab.

At in § *nostro* hodie successio fit neque proprie ex testamento, neq; proprie ab intestato,

ſtato, ſed ex diſpoſitiua voluntate, & ſecundum diſpoſitiuam voluntatem ab inteſtato, & ſic media quadam ratione & iure ſingulari.

Vnde quæſtio decidi poteſt: vtrum talis voluntas contratabulari poſſit? Nam ex *l. quod vulgo. 19. ff. bon. poſſ. cont. tab.* dicitur: illam voluntatem contratabulari poſſe, ex qua vel bonorum poſſeſſ. peti, vel hæreditas iure ciuili adiri queat. Sed ex hac adiri hæreditas poteſt: Ergo videtur dicendum, hic contra tabulas dari bon. poſſeſſ. Ita ſentit *Duar. ad tit. de bon. poſſeſſ. cont. tab.* Sed clare reſpondeo, hic non adiri hæreditatem, 1. vt ex teſtamento, ſed vt ex voluntate anomala, 2. & iure ſingulari: quum textus *d. l. quod vulgo.* loquatur iſto caſu, vbi vigore 1. teſtamenti, & 2. iure communi ſucceditur. Tabulæ enim requiruntur, id eſt, teſtamentum, iure ciuili, aut prætorio validum, ad hoc, vt bonorum poſſeſſio detur. At hæc voluntas non valet vt teſtamentum, neque ſucceditur ex ea tanquam ex teſtamento.

Imo vbi ſubſtantialia non adſunt, nulla plane eſt, vt proinde fruſtra de bonor. poſſ. cont. tab. quæratur.

10 Amplia 4. Nam ſi pater filium pupillum inſtituat, & ei ſubſtituat pupillariter extraneum, nullum dubium eſt, quin illam ſubſtitutionem in eiuſmodi minus ſolenni voluntate reuocare, & filio venientes ab inteſtato ſubſtituere poſſit. Et hæc ſententia indubia eſt. Sed Bartolus ait, talia in codicillis fieri poſſe, & talem ſe facti ſpeciem habuiſſe, in qua contra omnes obtinuerit. De qua ſententia in præcedentibus ſufficienter dictum eſt.

Porro textum noſtrum hunc ita ampliatum, limitat 6. modis *Iaſ. h. r num. 2.*

r Prima limitatio eſt de caſu *dict. §. ſi prius.* Alias etiam limitationes iam circa requiſita huius §. explicui.

L. dictantibus.

1 *Textus noſter duo dicta habet.*
Qua ratione legatarius in teſtamento teſtis ſit, remiſſiue.
An fideiuſſor pro confideiuſſore, pro habenda excuſſione teſtis ſit.

2 *Ratio dubitandi & decidendi ad primum dictũ textus n. Iuriſperiti adhibiti fuere ad ſcribenda & dictanda teſtamenta.*

3 *Expoſitio tituli* C. de his qui ſibi adſcrib. & iur. concordantium.
Conciliatio l. n. *cum* d. tit. C. & iurib. concordantibus.

4 *Quæ neceſſaria ſint ad hoc, vt diſpoſitio tituli* C. de his, qui ſibi adſcrib. & iurium concord. *obtineat.*

5 *Adſcribens ſibi tenetur pœna falſi, & priuatur relicto, etiãſi id faciat, teſtatore ſciẽte.*
Quaſi falſum in materia noſtra dolum non requirit, & q̃ ſit ſeueritatis huius ratio.
Quædam ſunt delicta iuris gentium, quædam iuris ciuilis.

6 *Tit.* C. de his qui ſibi adſcrib. & iurium concordantium *intellectus ex duabus quæſtionibus pendet.*

7 *Res quæ per ſe licitæ ſunt, damnantur, ſi occaſionem delictis præbeant.*

1 Textus hic, vt omnes DD. aiunt, duo dicta habet: 1. quod dictantibus teſtamento legari poſſit. 2. quod teſtibus ad teſtamentum adhibitis legata poſſint relinqui. De hac poſteriori parte textus ample DD. diſputant, qui fiat, vt legatarius teſtis in teſtamento adhiberi poſſit: quum alias ille, cuius principaliter, vel per conſequentiam intereſt, teſtis eſſe nequeat. Et videatur præ cæteris *Iaſ. h. DD. in l. qui teſtamento. ibi Cuiac. ff. eod.* vbi dixi.

Porro quum legatarius, cuius per conſequens intereſt, in teſtamento teſtis eſſe poſſit: hinc DD. inferunt, etiam confideiuſſorem pro confideiuſſore, pro habendo beneficio excuſſionis, teſtificari poſſe. Puta: Duo debent fideiubere pro Titio. Scribitur autem in inſtrumẽto, quod omnes ſint principales rei debendi. Poſtea creditor vnum ex confideiuſſoribus vult conuenire. Excipit ille, Principalem eſſe præſentem, & ſoluendo: ſe non principalem, ſed fideiuſſorem: & vult hoc probare per confideiuſſorem. Quæritur, an ſit audiendus? Videtur, quod non: quum ipſius interſit. Contrarium decidunt DD. per textum hic: quum non principaliter in re ſua teſtificetur. Atque ita concludunt hic *Cyn. Alberic. Bald. Alexand. num. 3. Iaſon num. 8. in fin.* dicens communem: quæ vera eſt, ſi color ſit quæſitus, das iſt / Wann ſich die Parthenen der geſtalt vereinigt hetten / daß die Bürgen nur zum ſchein ſich vor Sachwalden verſchreiben ſolten. Nam ſi credi-

creditor noluisset eum aliter recipere quam principalem, omnino teneretur vt principalis, quicquid ille & debitor inter se, inscio creditore, egissent. Ita declarat *Bald. hic. numer. 2. ibi Salyc. num. 3.*

Hæc autem sententia, quod confideiussor pro confideiussore in hac materia, testificari possit, apud me expedita non est, vtcunque communiter recepta sit. Nam DD. communiter præsupponunt, quod quis testis esse queat in causa, ex qua per consequentiam commodum habere possit, quod optimo iure negatur per *Ias. h. & per Vigl. in § legatariis. Instit. eod. tit.*

Neque obstat textus hic. Nam DD. respondent, in materia testamentorum hoc speciale esse, vt legatarius testis esse possit: quemadmodum ad *l. qui testamento. ff. eod.* expositum est: vt proinde ius commune in contrarium est.

Deinde hinc sequitur, Baldi doctrinam *hic. num. 4.* vbi in materia testimoniorum, quatuor modis causam nostram esse dicit, eo in membro, vbi de vtilitate loquitur, imperfectam esse. Causa enim nostra dicitur vtilitatis respectu, siue quis certo & directo exspectet vtilitatem, siue per consequentiam. Videatur *Ias. h. & Vigl. d. §. legatariis.*

Porro circa primum dictum textus n. h. DD. examinant materiam tituli *infr. de his* 2
qui sibi adscrib. in testam. & iur. concordan. De quibus aliqua videnda erunt.

Ratio dubitandi ad hanc partem hæc est: quod in testamento alieno nemo sibi adscribere possit, *tot. tit. de his qui sibi adscrib. &c.*

Contrarium deciditur hic in eo, qui testamentum dictauit.

Nam maxima ratio diuersitatis est inter eum, qui sibi adscribit, & inter dictantem, cui testator legat.

Qui sibi adscribit, falsum committit. At ille, qui dictauit testamentum, cui testator relinquit, nil peccat.

Deinde qui dictat testamentum testatori, nil facit, quod testatorem lateat. At qui scribit, multa præter & contra testatoris voluntatem scribere potest.

Iurisperitos, qui testamenta dictant, in testamentis testes esse posse, dubium non est. *s* An autem & legatarii esse possint, *t* quæritur. Et licet videatur dicendum, quod non: quum hoc improbissimum genus falsi appellet *Plinius Iunior lib. 2. epist. vlt. in fin.* Quorsum etiam totus tit. *infr. de his qui sibi adscrib. in testament. cum concordan.* pertinet: Tamen nos hac lege Zenonis vtimur de iis, qui testamenta dictant, *Cuiac. ad d. l. qui testamento. in fin princ. ff. eod.*

s Iurisperiti adhiberi facere ad scribenda & dictanda testamenta. Id ostendit *Suetonius in Nerone, capit. 32.* his verbis: Deinde (id est, constituit Nero) vt ingratorum in principem testamenta ad fiscum pertinerent: ac ne impune esset studiosis iuris, qui scripsissent, vel dictassent ea. Quibus autem diebus scriberentur, tradit Hopperus *de iuris arte, sub tit. de rebus humanis, siue de iure ciuili prope fin.* Porro, quemadmodum scriptores in testamento testes esse possunt: vt *l. Domitius. ff. eod.* Ita idem in dictante. De testamenti autem scriptoribus & scriptura etiam vide not. *supr. num. 400. cum seqq.*

t Id est, an dictantibus legari possit.

Ad eos autem, qui sibi adscribunt in testamento, pertinet *d. tit. Cod. de* 3
his, qui sibi adscrib. & l. 1. §. ad testamenta. l. 4. 5. 6. l. de eo. 10. & l. seq. l. filius. 14. & l. Diuus. 15. l. cum quidam. 17. & l. sequ. l. impuberem. 22. ff. ad leg. Cornel. de fals. Edicto enim Claudii Neronis & Senatusconsulto Liboniano, quod à Libone consule Libonianum dicitur, cautum est, lege Cornelia teneri, qui sibi legatum, aut fideicommissum adscribunt in testamentis militum aut paganorum. *Sueton. in Nerone, cap. 17.* Idemque probatur dd. iurib. *Molin. cons. 31. num 6. Duaren. ad tit. ff. ad leg. Cornel. de fals. c. 2. Cuiac. in tract. 3. ad Africanum. l. si quis legatum. ff. ad l. Cornel. de fals.* atque ita textum nostrum cum hisce iuribus conciliat *gl. h.* quam omnes sequuntur communiter.

Porro ad hoc, vt iura præcitata sibi locum vendicent, requiritur, I. Vt 4
qui scripsit, vtilitatem ex scriptura expectet.

II. Necessarium est, vt qui vtilitatẽ expectat ex scriptura, scripserit vere vel interpretatiue, hoc est, per se, aut per eum, quem in potestate habet,

aut cui per patriam poteſtatem coniunctus eſt, *d. l. de eo.* Ita Louanienſes inter conſilia Molinæi *conſ. 32. num.* t 2.

t Hinc illi ibi inferunt, ſi maritus ipſe codicillos ſcribat ad ſuam vtilitatem, vt lectis illis, & vxore aſſentiente, ſubſcribatur à Notario, vel per publicum inſtrumentum, vel ſimpliciter, ceſſare Senatuſconſultum Libonianum. De cuius ſententiæ veritate ex ſequentib. conſtabit. *Molin. ibi conſ. 31. 34. & Ludou. Boyſſeus Doctor Dolanus* contrarium reſpondére.

III. Requiritur, vt teſtamentum ſit perfectum, *u* id eſt, ſignatum teſtium ſignis. *x l. ſi quis legatum. 6 ff. ad l. Corn. de falſ.* vbi Africanus teſtamentum perfectum opponit non ſignato. Ita etiam loquitur textus *l. hac conſultiſſima. in fin. princ. late Cuiac. in tract. 3. ad Africanum, ad d. l. ſi quis legatum.* Prius enim eſſe oportet teſtamentum: deinde quæri, vera an falſa ſint, vel quaſi falſa, quæ in eo ſcripta ſunt. Prius an ſit, deinde quale ſit teſtamentum, diſcutitur. Vno tamen caſu legi Corneliæ & Senatuſconſulto Liboniano locus eſt, ſi imperfectum teſtamentum factum ſit inter liberos: quum ex conſtitutionibus non modo inter liberos valeat: ſed & legatariis quibuſdam proficiat. *d. l. hac conſultiſſima. §. ex imperfecto. cum Auth. quod ſine. ſupr. eod. §. 1. in Auth. de teſtam. imperfect. Cuiac. d. l. ſi quis legatum.*

u De falſitate, quæ nemini nocere poteſt, & qua admittitur circa actum nullū, vide *Menoch. de arbi. iud. lib. 2 cent. 4. caſu 306.* Aliud tamē hic eſt teſtamentū nullum, aliud imperfectum. Circa teſtamentum nullum et iam incurritur pœna edicti: circa imperfectū non item, ex *d. l. ſi quis legatū.*

x Non dubium eſt, teſtamentum non ſignatum dici imperfectum, vt *dict. l. hac conſultiſſima in fin princ. & §. ex imperfecto.* Sed Doctores in *dict. §. ex imperfecto.* teſtamentum imperfectum accipiunt in genere, cui ſolennia deſunt, vt ille textus tanquam ampliatio referatur ad *leg. filii. & l. fin. ſupr. famil. herciſcund.* vbi generalius teſtamentum imperfectum accipitur, cui ſcilicet non tantum deeſt ſubſignatio teſtium ſeptem, ſed cui etiam ſeptem teſtes plane non interfuerunt. Et textum quidem *dict. §. ex imperfecto.* ad præcitata iura referri debere, ex princip. *Authent. de teſtament. imperfect.* conſtat.

IV. Requiritur, vt quis eo animo ſcribat, vt ſcriptura probet. *Bartol. in d. l. 1. § ex illa. ff. ad l. Corn. de falſ.* Addit *Bald. h. n. 6.* tunc habere locum pœnam falſi, quando quis ſibi adſcribit in ſcriptura, quæ ſola legatum probet. Quam ſententiam ineptam aliqui dicunt, quaſi ſcilicet Bartolus & Baldus eiuſmodi ſcripturam hic neceſſario exigant, quæ per ſe ſola, ſine aliis adminiculis, id eſt, ſine ſubſcriptione teſtatoris & teſtium, atq; ſubſignatione, probationi ſufficiat, atq; ita *Ludouicus Boyſſeus d. conſ. 33. num. 10.* y Bartoli & Baldi doctrinam accipit.

y Illius verba hæc ſunt: Ratio, qua vtuntur (*Bartol. & Bald.*) inepta eſt, & iuri contraria, dum aiunt, ideo defendi ſuam ſententiam, quod Senatuſconſultum habeat locum duntaxat in ea ſcriptura, quæ ex ſe ſola, vt Bartol. ait, fidem facit: & ita voluit excludi ſcripturam priuatam eius, qui ſibi adſcribit: quoniam per ſe fidem non facit. Quaſi vero ſcriptura eius, qui ſibi adſcribebat, dictante etiam teſtatore, ſola etiam per ſe ſufficeret ad probationem, neq; opus fuerit ſubſcriptione teſtatoris, item ſignaculis & ſubſcriptione teſtium, abſque aliis ſimilibus ſolennitatibus, de quibus agitur ſub tit. *Inſtit. de teſtam.* ad probationem & confirmationem ipſius ſcripturæ, quod aſſerere ineptiſſimum eſſet. *Hæc ille.* Vnde apparet, quo ſenſu Bartoli & Baldi doctrinam acceperit.

Verum alia horum ſententia z procul dubio fuit. Neque enim ideo ad ſolam ſcripturam reſpectum habuerunt, vt alia ſcripturæ teſtamenti adminicula remouerent: ſed quum contenta teſtamentorum interdum per teſtes, vt in teſtamento mere nuncupatiuo, quod in ſcripturam publicam redactum non eſt, interdum per ſcripturam probentur: probatione illa, quæ per teſtes de omnibus & ſingulis contentis in teſtamento fit, hic excluſa, neceſſarium eſſe iudicarunt, ad hoc, vt Senatuſconſulto locus eſſet, ſcripturam, in qua Notarius, aut alius ſibi adſcripſiſſet, probationi paratam eſſe, vt ex ea ſola teſtamenti tenor probari poſſit, abſque eo, quod aliqua teſtium ſuper contentis in teſtamento depoſitio fiat.

z Non excluſere Bartolus & Baldus alia teſtamentorum adminicula, ſed probationem, quæ fit per ſcripturam, illi oppoſuerunt, quæ per teſtes in ſpecie, de omnibus in teſtamento contentis fieri ſolet. Et vt vno verbo res explicetur, hæc illorum ſententia fuit: Edicto tum eſſe locum, quando ſcriptura, in qua quis ſibi adſcribit, eo fine fit, vt per illam teſtamentum probetur.

Et hanc quidem doctrinam ex Speculatore & Cyno Bartolus atque Baldus hauſere. Speculatoris enim ad *tit. de inſtrum. edit. § inſtrumentum*

a Cynus legit illum textum pro [illegible] prima, cum in vulgatis codicibus sit secunda: & secundam legit pro prima.

ergo.num.28.29. & Cyni ad *l.si testator.num.* a *4. C. his qui sibi adscrib.* hæc sententia est: scripturam probationi paratam requiri ad hoc, vt edicto locus sit. Si autem scribatur tantum pro memoria, & ita vt testamentum nullas capiat vires à scriptura, nullaque vis scripturæ sit: sed omnino ad testium depositiones recurrere oporteat: qui de omni eo, quod in dispositione testatoris continetur, deponant: tunc nullam scripturæ rationem ducendam, quicquid sibi aliquis in ea adscripserit.

b Vox testamenti iure etiam denotat scripturā testamenti. Accipitur enim interdum de testamento, vt est quid incorporale, interdum de testaméto, vt est corporale aliquid, vt de scriptura.

Etsi autē hoc requisitum verissimum sit, quod videlicet scriptura probationi parata hic desideretur: quum tit. C. diserte de iis loquatur, qui sibi in testamento, id est, in scriptura testamenti adscribunt. (Nam & hoc modo testamenti vocem accipi constat, in tot. b *tit. in rubr. & nig. ff. quemad. testam. aper. l. fin. infr. de edict. D. Hadr. tollen. Bart. Bald. Castr. Imol. & reliqui in l. vnum testamentum. ff. hoc eod. tit.*) & Africanus in *d. l. si quis legatum.* testamentum perfectum, id est, scripturam testamenti signatam requirat: Tamen Cyni præcitata doctrina de scriptura, cuius nulla ad probandum vis est, distinctione opus habet: de qua postea. Quum indistincte accepta, prout eam Bartolus & Baldus intelligunt, multarum fraudum & falsitatum causa esse possit, vt ex themate, quod Carolo Molinæo, & Louaniensibus, atque Dolanis propositum fuit, constat.

Ibi maritus ad suam propriam vtilitatem, ipse codicillum scripserat. Deinde vocauit Notarium, qui codicillum legit vxori eius, qui scripserat, & eam interrogauit, an ita disponere vellet. illa respondit, etiam. De illa facti specie, an maritus propterea incidisset in pœnam edicti, contraria responsa extant. Molinæus respondit edicto locum esse, *cons. 31. 34.* Idem defendit *Ludouic. Boyssæus Dolanus ibi cons. 33.* Contrarium defenderunt Louanienses *ibi cons. 32.*

Quia aut subscripsit (inquiunt Louanienses) per solenne instrumentum, & tum cessat edictum: quum maritus instrumentum neque vere, neque interpretatiue scripserit. Qui autem scripsit, id est, Notarius, ille sibi ipsi adscripsit nihil, & nulla ex ea scriptura ad eum redit vtilitas. Hoc tenent *Bart. Bald. locis relatis.*

Aut vero subscripsit simpliciter illi chartæ, quam maritus ipse conceperat & scripserat. Et rursum cessat edictum, si illa charta fuerat lecta. Ea enim recitatio, propter sequentem Notarii interrogationem (an ita testari vellet mulier) & eiusdem testatricis affirmatiua responsio hoc efficit, vt non scripta, sed ab initio nuncupata ore testatricis videatur: & mariti scriptura hac nuncupatione innouata seu transformata, pro nulla reputetur, & vim probandi nullam habeat: neque subscriptio Notarii ad eam scripturam referatur vt ad scripturam, sed veluti ad nuncupationem, &c. *Hac illi.*

Quæ etiam cum doctrina Bartoli & Baldi congruunt, quibus tamen Molinæus & Boyssæus vehementer reclamant. Quare hic distinctione opus erit, de qua postea.

Et hisce quidem requisitis concurrentibus, edictum locum habet.

Amplia 1. Nam sibi adscribens, tenetur pœna falsi, & priuatur relicto. *l. qua in testamento. 4. C. eod. d. l. si quis legatum. ibi DD. & Cuiac. dict. leg. Diuus. ff. ad leg. Corn. de fals. Molin. dict. cons. 31. num. 6. Ludou. Boyssæus d. cons. 33. num. 1.*

Amplia 2. etiamsi quis sibi adscribat, testatore sciente, volente, dictante. Nam nihilominus præter nullitatem legati, tanquam falsarius tenetur, perinde atque si in legem Corneliam de falsis commisisset. *l. Senatusconsulto. 3. Cod. eod. tit. dict. l. 1. §. at testamenta. d. l. filius. 14. ff. ad l. Corn. de fals. Cyn. d. l. si testator. nu. 1. Molin. d. cons. 31. num. 6. Boyssæus d. cons. 33. num. 1.* Quæ adeo vera, vt nec venia scriptori danda sit prætextu ignorantiæ, si legis seueritatem se ignorasse c dicat: *Molin. d. cons. 31. num. 6. d. l. Diuus. in princ.* nisi se à legato discedere velle profiteatur. *Alber. d. rubr. num. 1. text. in l. 3. C. eod.*

c Ignorantia tamē non præsumitur. *Alber. ad rubr. num. 1. C. eod.*

Et

Et licet alias falsum dolum requirat, id est, id, quod vere falsum est: tamen aliud est: in quasi *d* falso, quod sic dicitur, quando quis sibi vel ei, quẽ habet in potestate, vel ei, in cuius est potestate, vel ei qui in eadem est potestate, voluntate testatoris legatum adscribit. *Bart. d. l. Diuus. n. 2. Duar. ad tit. ff. ad l. Corn. de fals. c. 2. Cuiac. d. l. si quis legatum.* Cuius seueritatis ratio est: Partim odium suggestionum & captationum, quæ fiunt in testamẽtis, vel codicillis: & ne quis obrepat atq; captet voluntatem alienam, præsertim laborantis in extremis: quum in eo statu captationibus & obreptionibus obnoxii sint morientes: & lex velit testamentũ atq; codicillos manare & nasci è proprio & libero motu testantis vel codicillantis. Adeo vt nihil odiosius huiusmodi captationibus sit. *Molin. d. consil. 31. nu 7.* Partim quod in testamentis omnia synceriſsima esse conueniat. At si liceret impune testamentario sibi adscribere, aperta esset via falsi committendi, nullo non alieni testamenti scriptore sibi adscribente aliquid, aut plus quam iussus esset, vel inscio testatore. *Cyn. d. l. si testator. num. 1. Molin. d. consil. 31. num. 7. Cuiac. d. l. si quis legatum.* Et hoc quasi falsum, delictum est, non iure gentium, sed iure ciuili. e *Alberic. Gentilis, de legationib. lib. 2. cap. 13.*

d Quasi falsum est, quãdo quis sibi, vel alii eo modo, vt hic dicitur, volẽte, sciẽte, aut dictante testatore asscribit. Verum falsum est, si talia fiãt, ignorãte testatore. Quasi falsum punitur eadẽ pœna hic cum vero falso, ea ratione, quæ hic adducitur.

e Quædam sunt delicta iurisgentium, quædam iuris ciuilis. Nam ius ciuile ex eo, quod delictũ iure gentium non est, delictum facere potest. vbi id reip. necessitas exposcit. Multis grassantib. opus est exemplo. *l. aut facta. § fin. ff. pœnis.* Ita quæ iure diuino aut gentium capitalia non sunt, ius ciuile capitalia facit. Exemplum de furtis. Ita quæ hodie capitalia non sunt, ius nostrum capitalia facere potest: Vt admissa per ebrietatem, secundum canones & leges non sunt capitalia. At publicæ vtilitatis causa capitalia fieri possunt. Ita Pittacus Mytilenus temulentos, si quid deliquissent, duplici pœna dignos iudicauit, vt refert *Aristoteles lib. 2. de republic. cap. 10. Alexand. ab Alex. lib. 3. cap. 10. Laertius libr. 1. cap. 5.* Quam legem Royz. *decis. Lituan. 4. num. 343.* Septentrionalibus populis valde necessariam recte iudicauit.

Amplia 3. Nam hæc sententia secundum omnes procedit in testamento solenni in scriptis: idemque est tam in testamento, quod vtramq; formam habet, *Cyn. d. l. si testator. numer. 4. & Alberic. ad rubr. num. 2. C. eod.* quam in nuncupatiuo, quod per tabellionem in scripturam & formam redigitur. *Cyn. & Alberic. locis relatis, late probat Boyssæus d. consil. 33. num. 3. cum seq.* vbi hanc communem dicit: etsi dissentiant relati per Manticam *lib. 1. tit. 6. nu. 5.* Communis tamen minus dubii habet, si ille, qui testamenti scripturam confecit, sibi adscripserit, *f* per prædicta.

Amplia 4. Nam licet ille, qui subscripsit se scripturæ, totam scripsisse intelligatur. *d. l. Diuus. §. & quatenus. Gabr. Rom. latissime. lib. 1. recept. concl. tit. de præsumpt. reg. 3.* Tamen ad legatum capiendum nõ proficit extraneo generalis testatoris subscriptio, *g* licet à pœna falsi scriptor propter eiusmodi subscriptionem generalem excusetur: Specialis autem subscriptio, (puta quod Titio dictaui & recognoui, approbo) etiam ius capiendi legati tribuit. Filius autem familias & seruus, qui iubente patre vel domino, sibi aliquid adscribunt, necessitate potestatis excusantur: & ideo generalis eis subscriptio prodest, tam ad pœnam falsi euitandam, quã ad *h* capiendum. *d. l. 1. §. inter filium. ibi Bart. d. l. Diuus. §. & quatenus. d. l. si testator. ibi Cyn. nu. 1. & reliqui. Alberic. ad rubr. num. 1. C. eod. Cuiac. d. l. si quis legatum eleganter* i *Molin. d. consil. 31. num. 9. & seq. Boyssæus d. consil. 33. num. 8. Zas. in l. non omnium. ff. legib. Menoch. de arbit. iud. lib. 2. cent. 4. casu 354. num. 32. 33.*

f Hoc requiritur, vt quis sibi in testamento adscripserit. Quid autem iuris sit in scriptura illa, de qua postea Notarius instrumentũ fecit, partim dictũ est, & postea explicabitur plenius.

g Quæ sit generalis, quæ specialis subscriptio, apparet ex *d. l. 1. § inter filium ibi Bart.* Generalis, quod dictaui, approbo: Specialis, quod Titio dictaui.

h Prodest generalis subscriptio ad capiendum, si modo testator sciat legatum adscriptum. *Cyn. d. l. si testator. n. 1.*

i Ibi *Molin. & Boyssæus* vltra ea, quæ *Gabr. Roman.* disputat, eleganter declarant regulam: Quod subscribens se scripturæ, totam scripsisse intelligatur. Vide quæ notaui ad *l. hac consultissima. §. ex imperfecto.* circa substantialia testamenti imperfecti. *versic. tertio requiritur, &c. supr. eod.*

Amplia 5. Nam etsi daremus *k* pœnam euitari, si scriptor per testes non suspectus probet, idem testatorem sic per seipsum disposuisse: tamen hoc non sufficeret ad capiendum legatum, quod quis sibi, vel ei, in cuius est

k Molinæus de his dubitatiue loquitur, & merito. Nam iura nostra clare dicunt, eum in pœnam quasi falsi incidere, qui volente, vel dictante testatore, sibi adscripserit.

est potestate, vel per eum, quem habet in potestate, adscripsit. Legatum enim remanet nullum: *d.l.filius.§.sequens.ff.ad l.Corn.de fals.d.l.Diuus.§.plane. in fin.ff.eod.* & est pro non scripto. *l.1.& l.fin.ff.his quæ pro non script.hab.l.pen. C.his qui sibi adscrib.Ita post Bald.decidit Molin.d.cons.31.num.12.*

Amplia 6. vt idem sit in testamento militis. *d.l.pen.C.eod.*

Fallit 1. si sibi quis adimat, vel si quis se exhæredem scribat. Nam ademptionem hanc, vel exhæredationem Senatus non habet pro non scripta. *d.l.impuberem.22.§.fin. C. ad l.Corn.de fals.l.non putauit.8.§.si quis.ff. bon. poss.cont.tab.Cuiac.d.l. si quis legatum.*

Fallit 2. in testamento nuncupatiuo.

Verum hac in re sic distinguendum. Nam aut nulla prorsus scriptura intercedit, & res est expedita apud omnes, *Boyssius.d.cons.33.nu.2.* Aut scriptura intercedit, idque vel ad probationem, vel aliter. Si ad probationem, vt quia nuncupatiuum testamentum à Notario in formam scripturæ authenticam redigitur, tum res certa est, si in tali scriptura sibi Notarius adscribat, edicto locum esse, per prædicta.

Si non sit ad probationem, subdistinguo.

Nam aut post testatoris nuncupationem quis facit scripturam, non vt per eam aliquid probetur, sed tantum ad memoriam, ita vt & nulla vis in scriptura sit: sed semper ad testes recurrere oporteat: & scriptura illa nullius falsitatis causa esse possit. Hoc casu edictum procul dubio cessat, deficientibus nimirum præcitatis requisitis. Ita loquitur *Cyn.d.l.si testator.nu.4.* & ita eius doctrina accepta, verissima est.

Aut ante testatoris nuncupationem ille, qui hæreditatem aut legatum captat, scripturam testamenti, aut codicillum facit, vt ea deinde testatori oblata recitetur, & illius responsione ad interrogationem, num ita testari, vel codicillari velit, elicita, à Notario vel simpliciter, vel per instrumentum publicum subscribatur.

Et si quidem recitatio vel relectio scripturæ facta non sit, edictum cessare apertissimi iuris est.

Recitatione enim eius negocii, quod inter solum Notarium & tertium gestum est, non facta, testamentum haudquaquam perfectum dici posse, & per se plane constat, & ex iis manifestũ est, quæ in fortioribus ad quintum testamenti substantiale, §.*secundo ad solennitatem.vers.aut enim omne negocium.& vers.vbi notandum.* dicta sunt.

At edicti pœna non committitur, nisi testamentum perfectum, *l* id est, signatum sit, vt ex Africano circa tertium requisitum huius materiæ proxime dictum est.

l Testamentũ perfectum requiritur, vt edicto locus sit. At ante recitationẽ & actus imperfectus, & scriptura imperfecta. Vide tamen de Molin. & Louaniensium responsis *Petr. Pecc. de testament. coniug. libr. 3. cap.10. num.4.*

Vnde sequitur, DD. Louanienses inter consilia Molin. *cons.32. num.7.* grauiter esse hallucinatos, dum recitatione scripturæ non facta, edicto locum faciunt.

Quod si recitatio scripturæ testatori facta, & ea vel per instrumentum *m* publicum, vel simpliciter à Notario subscripta sit, hoc casu subdistinguendum.

m Ita loquũtur DD. dicunt scripturam subscribi à Notario simpliciter, aut per scripturam.

Nam aut constat, bona fide omnia gesta, & ea concurrere, quæ necessaria sunt ad hoc, vt testamentum ad interrogationem factum, subsistat, de quibus videnda, quæ DD. in *d.l.iubemus.infr.eod.* tradunt, & quæ supra circa testamentum cæci, requisito 9. proposita sunt: & dubitandũ non est,

est, edictum cessare: & hac in facti specie, accipienda doctrina Bartoli *d. l. 1. §. ex illa. n. 2. Bald. h.* Sic etiam vera est doctrina Dominorum Louaniensium *d. conf. 32. num. 2. vsq. 7.* n

Aut vero illa non concurrunt. quo casu & testamentum nullum, & interpositione Notarii adhibita, nō solum fraus fit Senatusconsulto & constitutionibus: o sed etiam materia falsitatis & suggestionum augetur. Quare hoc casu Bartoli & Baldi præcitatam doctrinam tutam non esse, docet *Molin. d. conf. 31. & 34. per totum, maxime num. 3. & Boyssius d. conf. 32.*

n Hic vere cessant requisita, tum 1. quod scriptura ad probationem non sit facta. Tum 2. quod non scripserit ille, de cuius fauore quæritur. Nā si subscriptio facta est per instrumentum, is qui schedam concepit, neque vere, neque interpretatiue scripsisse dicetur. At si subscriptio facta sit simpliciter, post recitationem & testatoris responsionem, nulla ducetur scripturæ ratio, id est, scriptura habetur pro nulla: & subscriptio refertur ad eam, non vt ad scripturam tertii, sed vt ad nuncupationem testatoris.

o At cessant hoc casu secundum Louanienses, requisita, quæ supr. adduxi. scriptura primo non probationi parata: deinde recitata scriptura: & postea per instrumentum, aut simpliciter subscripta, ille, de cuius fauore agitur, non videtur scripsisse neq; vere, neque interpretatiue. At hoc negat Molinæus. Et dato, quod verba cessarent, non cessaret mens legum. Et non dubium est, in legem eum delinquere, qui verba legum amplexus, contra mentem legis nititur. *l. non dubium. supr. de ll.*

Fallit 3. Nam quia durum erat, eum, qui sibi voluntate testatoris adscribit, teneri, perinde ac si falsum commisisset: Quapropter venia legis Corneliæ dabatur plerisque indulgentia Principis aut Senatus. *Cyn. d. l. si testator. num 1. & seq. Alberic. d. rubr. & præ cæteris eleganter explicat Cuiac. d. l. si quis legatum. prope fin.*

Fallit 4. Si testamentarius sub duabus aut pluribus conditionibus sibi adscripserit. *text. singul. in d. l. Diuus. §. fin. ibi gloss. verb. scripta. ff. ad l. Cornel. de fals. Ias. l. fin. num. 9. supr. de pact. Euerhard. in loco à vi geminationis. versic. sexto facit ad hoc. Forcat. dialogo 55. num. 4.*

6 Duæ quæstiones sunt, quæ tit. *de his qui sibi adscribunt.* & iurium concordantium mentem aperiunt.

Prima est, quæ ratio decidendi sit ad illa iura: aut quæ causa sit, vt factum sibi adscribentis in testamento alieno, etiam de sententia testatoris, sit pro quasi falso: & cur scriptor tanquam falsarius teneatur?

Adduxi rationes duas. I. Odium suggestionum & captationum, vt disertis verbis indicat Iurisconsultus in *l. 1. ff. his quæ pro non scriptis habentur.* Videantur quæ de suggesta & captatoria voluntate ad definitionem testamenti dicta sunt. II. Ratio est, quod eiusmodi facta occasiones multarum falsitatum forent, si permitterentur.

At occasio delicti cum delicto quodammodo pari passu ambulat.

Ita occasio damni dati damno parificatur.

Qui occasionem (inquit Iurisconsultus) damni præstat, damnum fecisse videtur. *l. qui occidit. §. in hac quoque actione. ff. ad l. Aquil.*

Porro ad officium legislatoris spectat non minus occasiones delictorum ac ipsa delicta prohibere.

Quemadmodum enim Medici in corporum affectionibus non tantum ad morbum, verum etiam & cumprimis quidem ad morbi causam & occasionem animum aduertunt: Ita & legislatorem atque magistratum, qui ciuilium corporum, rerumpublicarum medicum agit, non de delictis modo, sed & de occasionibus & causis delictorum cohercendis sollicitum esse oportet.

7 Hinc videmus facta, quæ per se licita sunt, si occasiones delictorum fiant, non secus ac ipsa delicta coherceri: puta, transire per plateam publicam, & ante alicuius fores, res est per se licita. At si tibi cum aliquo offensa intercedat, & tu ad illius æmulationem ante ædes illius transeas, ita quidem vt periculum rixæ aut scandali sit: iudex tibi transitum non minus atque aliud delictum prohibere potest. *Alex. in l. quod iussit. num. 3. ibi Ias. num. 18. ff. iudiciis. Anchor. Iun. lib. 1. qu. 25. & q. 35. num. 1. 2. 3.*

Ita continuatio possessionis res per se licita est. At si causa possessionis ex probabilibus causis dubia, & periculum rixæ aut scandali sit, iudex cæteris paribus, partibus prohibet, ne ad locum litigiosum accedant. *Ordinat. Cameræ part. 2. tit. 21. Ioan. Andr. ad*

Speculat. tit. de sententia. §. species. num. 4. vers. 2. Francisc. Herculan. in tract. cautionis de non offendendo. cap. 2. num. 13. Ancharan. d. qu. 25. Mandell. cons. 75. num. 3. cons. 78. num. 2. Andr. Gail. obseruat. pract. lib. 1. obser. 5. 6. 7. Mynsing. obseruat. 96. cent. 2.

Ita sibi in alieno testamento adscribere de voluntate testatoris, res iure diuino aut gentium illicita non est: sed quum eiusmodi factum occasio falsitatis sit, non minus illud ac falsum ipsum prohibetur.

Secunda quæstio est: Quum voluntatis nuncupatæ & scriptæ par ratio sit, vt ex materia testamenti scripti & nuncupatiui liquet, qui fiat, quod in hac materia tantopere discrepent?

Nam qui, volente aut iubente etiam testatore, sibi adscribit, 1. in pœnam falsi incidit, 2. & legato priuatur.

At testatoris subscriptio, cum distinctione proposita, non tantum à pœna excusat, sed etiam ius capiendi legati tribuit.

Respondeo, regulariter nuncupationem æquiparari scripturæ, vt constat ex materia testamenti nuncupatiui, & scripti, & ex materia probationum. *l. in exercendis. supr. de fid. instrument.*

At aliud est in materia suspecta. textus insignis in *l. nolumus. supr. eod.*

Vbi adsunt venientes ab intestato, aut præcessit testamentum in scriptis, Imperator nuncupatiue hæres institui non potest, in scriptis potest.

Nam vbi manus testatoris aut instrumentum adest, res certa est: vbi nuncupatio, periculum est subornationis.

Idem hic dicendum.

L. ambiguitates.
L. præposteri.

1 *Casus figuratio.*
2 *Præposterationis tractatio, ad hosce textus, quod attinet, distinctione exposita.*
3 *Prætermissionis materia distinctione explicata.*
4 *Conciliatio* l. errore. supr. eod. & l. 1. §. sin autem. ff. hæred. instit.
5 *Cuius præsumatur esse error: notarii, an testatoris: & de emendatione atque probatione erroris remissiue.*

Deciditur hic præposterationem & prætermissionem obseruationum non ex mente testatoris, sed vitio tabellionis factam, non vitiare.

Casus talis fit ex *l. errore. supr. eod.*

Aliquis testamentum recte condidit: testamentarius autem tantum nomen hæredis scripsit: reliqua verba omnia, hæres esto, aut similia, omisit: Quæritur, num testamentum valeat? 1

Ratio dubitandi desumitur ex *l. 1. §. sin autem. ff. hæred. instit.* Vbi ita Vlpianus habet: Sin autem sic scribat: Lucius hæres: licet non adiecerit, esto, credimus plus nuncupatum, minus scriptum. Et si ita: Lucius esto: tantundem dicimus. (Sequitur nunc casus noster:) Ergo & si ita, Lucius solummodo. (Quasi dicat Iurisconsultus. Ergone idem erit, si solum nomen fuerit expressum?) Respondet Vlpianus: Marcellus non insubtiliter non putat hoc hodie procedere.

Ergo textus ille est apertus ad hoc, quod nomine tantum expresso, cæteris omissis per errorem, institutio non valeat.

Contrarium deciditur hic, & in *d. l. errore. & in l. si librarius. ff. reg. iur.*

Iniquissimum enim foret, notarii errorem testatori fraudi esse: quum factum cuique suum non alii nocere debeat: & alteri per alterum iniqua conditio inferenda non sit.

Ad rationem autem dubitandi multis modis DD. respondent: & reperio ego quatuor intellectus & conciliationes à DD. proponi.

Communis sententia hæc est, quod §. *sin autem.* in testatore, textus autem *l. errore. & text. n. h.* in Notario loquantur.

De hac materia memini circa 4. testamenti requisitum, ampliat. 22. & inter ampliationes generales ad totam materiam, ampliat. 13. versic. Tertio limita. Quæ causa fuit, vt circa *d. l. errore.* nil de hac materia dicere voluerim.

Sed quia cum præcitata theorica, quod error Notarii testamento nihil officiat, glossa hic in *l. ambiguitates. verb. non ex mente.* pugnare videtur: quum ibi decidatur tabel-

bellionis imperitiam testamento nocere: quod & DD. ibi annotarunt: breuibus explicandum erit, quo pacto hæc accipienda sint.

2 In hisce textibus de errore præposterationis & prætermissionis tractatur. De præposteratione sic cum Oldrado & aliis distinguendum: Aut quærimus, an ex ordine vel scripturæ, vel temporis ius *p* resultet: & videndi erunt DD. in *l. 2. §. prius. ibi Bart. num. 4. 6. 7. ff. vulg. & pupill. Alb. Ros. num. 22. 23. supr. de nouo C. fac. Imola in l. nec enim. ff. solut. DD. post gl. in l. cum quid. ibi Bart. Bald. Castrens. Alex. Ias. Dec. Bolog. Zas. ff. si cert. pet. Canonistæ in cap. cum dilecti. ibi præ cæteris eleganter Felin. num. 4. & 5. de rescript. Canonistæ c. clerici. de iudiciis. Tiraquell. de iure primigen. in præfat. num. 165. cum sequentib. Euerhard in topic. in loco ab ordine.* Aut quæritur: an ordo omissus vitiet: Et distinguendus est ordo necessitatis, qui omissus, procul dubio actum vitiat, *l. prolatam. 4. C. sent. & interloc. omn. iud. l. vt debitum. 5. supr. hæred. act.* ab ordine voluntatis, vt hic in textibus nostris, & *§. ante hæredis. Institut. leg.* Et quid iuris sit, si dubitetur: Vtrum ordo necessarius, vel voluntarius sit? tradunt *Bart. d. §. prius. num. 5. Bald. post Oldradum in l. si duas. num. 6. ff. excusat. tut.* Addantur pro hac diuisione *Cyn. & Bald. hic in l. ambiguitates. Bald. & Salyc. hic in l. præposteri.*

p Vide quod dixi supra ad principiũ totius tractatus circa continuationẽ.

3 De errore prætermissionis iam semel & iterum mentio facta est. Cuius materiam *Salycet. hic ad l. ambiguitates. numer. 3.* concinna distinctione exposuit.

4 De errore prætermissionis sic perspicue distinguo.

Aut quærimus de iis, quæ extrinsecus ad substantiam testamenti adhibentur, vt sunt testes, continuitas actus, &c. aut de contentis in testamento.

In solennibus, quæ extrinsecus adhibentur, retineo distinctionem Salyceti, quæ bona est.

Distinguenda ergo erit totalis omissio (quam ita Castrensis appellat) à non totali.

Totalis omissio est, quando solennia neque sunt adhibita à testatore, neq; scripta à Notario. Hæc prætermissio vitiat, etsi culpa Notarii accedat: Ita loquitur *gl. h. in l. ambiguitates.*

At si non sit totalis omissio, puta, quia testator solennia adhibuit, Notarius ea scribere omisit: prætermissio non nocet, modo error Notarii probari possit.

Si autem quæstio sit de contentis in testamento, distinguenda erunt substantialia, vt institutio hæredis, ab accidentalibus.

Accidentalia prætermissa nihil vitiant: quum adesse & abesse possint præter subiecti interitum, puta, si legata sint prætermissa.

Substantialia, vt est hæredis institutio, subdistinctionem admittunt.

Nam interdum tota institutio prætermissa est. De quo puncto dicendum, vt hic in *vers. at si tota institutio, &c.*

Aut tantum quædam verba de institutione omissa sunt, & recurrendum erit ad *l. 1. §. sin autem. ff. hæred. instit.*

Vbi sese offert ψευδαντινομία inter *d. §. sin autem. & d. l. errore.*

Nam vtrobique tantum nomen hæredis expressum est: & tamen magna in decisione iuris est diuersitas.

Conciliatio traditur quadruplex.

I. Dominus Pacius in apostilla ad *d. §. sin autem.* existimat facti esse diuersitatem: & in *d. l. errore.* non fuisse vnum verbum, vt in *§. sin autem.*

Verum huic sententiæ DD. communiter refragantur.

II. Dominus Contius & Cuiacius censent cum DD. communiter, vtrobiq; vnum esse factum. Sententiam autem Marcelli non obtinere: sed potius decisioni *d. l. errore.* standum.

Ita induceretur correctio iuris.

III. DD. communiter accipiunt *§. sin autem.* in omissione totali, id est, ab ipso testato-

testatore facta: textum *l. errore.* in omissione non totali: quando scilicet plus nuncupatum est à testatore, minus scriptum à Notario.

Verum *Ias. in d. l. errore. num. 2.* opponit: quod etiam §. *sin autem.* loquatur in casu, vbi plus nuncupatum, minus scriptum.

Et per consequens in Notario.

Ergo distinguendum: Vtrum ex aliis verbis testamenti, mens testatoris appareat, vel probari possit, an non?

In §. *sin autem.* tantum nomen proprium positum est. Et quum ita nude Iurisconsultus factum proponat, nobis nihil extrinsecus supplendum erit. Ibi ergo neque ex aliis verbis, neq; per probationem de mente testatoris constitit.

At in *l. errore.* etsi tantum nomen hæredis expressum fuerit: tamen & alia ibi ordinata fuerunt: fuerunt data legata & fideicommissa: & mentio fit de hærede existente. Ergo mens testatoris ibi vel per probationem vel ex aliis testamenti verbis manifesta fuit.

Et si ita sensit Dominus Pacius, vt ego existimo, propter textum quem allegat, recte sensit, & huic doctrinæ conuenienter.

Etsi autem vterque textus in Notario loquitur, & maxime *l. errore.* tamen nil obstat, quo minus iuxta hanc distinctionẽ vtrumque textum etiam in testatore accipiamus. Siue enim totalis omissio (id est, à testatore facta) siue non totalis sit, expresso tantum nomine hæredis, recte distinguimus, vtrum testatoris mens ex aliis verbis appareat, aut probari possit, vel non possit.

Aut quærimus (inquit ille) de omissione accidentalium, & illa nihil vitiant: Aut de omissione substantialium vel solennium: & subdistinguendum:

Aut enim fuerunt omissa solennia, quia non dicta, vel non adhibita: & actus concidit, etsi propter imperitiam aut negligentiam Notarii id euenerit, puta, quia tantum sex testes adhibiti sunt, aut Notarius non curauit, vt vno contextu testes subscriberent, &c. Ita loquitur *gl. hic in l. ambiguitates. ibi Cyn. Bald. num. 2. vers. primo casu. & vers. tertio casu. Alberic. Castr: Ang. Salyc. Ias. num. 2. supr. eod. tit.* & hanc *Castr. h. in d. l. ambiguitates.* totalem omissionem nominat. *q* Et per hæc limitandus est textus *l. fin. cum gl. verb. simplicitas.* r *infr. fideiuss.* quam ibi commendat *Bald.* Quod clausula apponi solita, pro apposita habeatur, etsi simplicitate Notarii omissa sit. Hoc enim verum non est in substantialibus. *Cast. in l. errore. nu. 2. ibi Ias. num. 2.*

q Totalis omissio duobus modis sumitur. 1. vt hic, quando solennitas plane non est adhibita, totalis dicitur omissio: quia neque adhibita, neque scripta est. Ita etiam proprie intelligendo loquitur *l. fin. ff. iure codicill.* Nam ibi hæredis institutio neq; facta, neque scripta est. 2. dicitur totalis prætermissio ratione institutionis. Nam DD. disputant de hac forma: *Titium heredem instituo.* in qua interdum omittitur verbum *Instituo.* interdum omittuntur duo verba, *heredem instituo.* vt loquitur *d. l. errore. & l. 1. §. sin autem. ff. hæred. instit.* ita quod nomen tantum hæredis ponitur *Titius*, & nihil præterea: interdum omnia hæc omittuntur, id est, nihil prorsus de his verbis scribitur. Hæc etiam dici potest totalis prætermissio. Hæc obseruanda, vt euitetur æquiuocatio. Prior dubio procul vitiat: quid de hac posteriori constituendum, postea annotabitur.

r In his, quæ fuerunt inducta ad rigorem iuris conseruandum, vel in testamentis, vel in iudiciis, si aliquid omittatur per simplicitatem; vel ignorantiam, seu rusticitatem, non valet actus. Et isto modo debet intelligi & suppleri glossa hic citata, quæ dicit: *Nota argumentum, per tabellionis simplicitatem non fieri præiudicium contrahentibus. Castrens. hic. num. 2.* Adde *DD. in l. vnic. ibi Bald. num.* 10. *Alb. Ros. nu. 31. supr. de nouo C. faciend. Idem Alber. in l. vnic. num. 11. 12. 13. C. Instin. C. confirm.*

Aut fuerunt dicta, vel adhibita, sed à Notario omissa: & tunc inquit *Salycet.* errore non probato, vitiatur actus: quum paria sint, non esse, vel non apparere. *l. in lege. 77. ff. contrahend. empt.* Errore autem probatur, non vitiatur.

s Quadruplex intellectus adducitur pro horum textuum concordia.
1. Est Pacii, qui existimat in facto

Verum interpretes, post *gl. in d. l. errore.* circa hoc membrum, textum *s* *d. l. errore. & leg. 1. §. sin autem. ff. hæred. instituen.* inter se committunt. Nam si nomen tantum hæredis expressum, cætera omnia, (vt *heres esto*) omissa sint, dispositio concidit, *d. §. sin autem.* At in *dict. l. errore.* vbi eadem verba omis-

omiſſa, & tantum nomen expreſſum fuerat, errorem Notarii nihil teſtamento obeſſe traditur.

eſſe diuerſitatem: in textu namque *d. leg. errore.* non fuiſſe ſolum nomen hæredis poſitum. Ita Pacius ad apoſtillam *dict. §. ſin autem.*

Verum huic ſententiæ plerique, & niſi fallor, textus etiam verba refragantur.

II. Eſt Concii & Cuiacii, quod vtrobique vnum & idem factum, ac proinde tantum nomen hæredis expreſſum, cætera omiſſa ſint.

Iudicant ergo, textum *d. §. ſin autem.* non obtinere: ſed deciſioni *d. l. errore.* ſtandum.

At durum eſt iurium correctionem inducere.

III. Eſt communis receptus, quem hic propono, quod diſtinguendum ſit inter teſtatorem & Notarium. Sed hanc conuellit *Iaſ. h. num. 2.*

IV. Vltimus refertur in *verſ. quanquam. & verſ. ſequente hic.*

Reſpondent DD. poſt gloſſam in *d. §. ſin autem.* Illum §. in teſtatore, textum autem *l. errore.* in Notario loqui, puta, ſi teſtator totum expreſſit, & dixit: *Titius hæres eſto:* ſcriptor autem per errorem non ſcripſit, niſi nomen.

Hinc ſtatuunt theoricam: ſi teſtator omittit ſubſtantialia, id nocere. aliud eſſe in tabellione, vſq; adeo, vt, ſi vna oratio integra deficeret in ſcriptura, non propterea vitiaretur diſpoſitio, dummodo probetur, errore Notarii eam eſſe prætermiſſam. Ita *poſt Iacobum Rauennatem & Petrum* diſtinguit *Cyn in d. l. errore.* ſequitur ibi *Bart. Alberic. num. 2. Ang. num. 1. Cyn. hic in d. l. ambiguitates.* Et hanc conciliationem *Iaſ. in d. l. errore. num. 2.* communem, *Alex.* autem *num. 5.* magis communem eſſe dicit.

Quanquam rectius circa hoc poſterius membrum ita dici poſſe videatur, ſi ſit ſcriptum ſolum nomen proprium, deſit autem totum illud, *hæres eſto*, & ex præcedentibus, vel ſequentibus mens teſtatoris colligatur, non eſſe inter teſtatorem & Notarium, aut inter teſtamentū nuncupatiuum vel ſcriptum diſtinguendum, aut errorem probandum. Ita *Bald. d. l. errore. num. 1.* vbi de quadruplici ſubauditione explicat: *& nu. 7. Salyc. nu. 2. Caſtr. num. 5. Alex. num. 5. Iaſ. nu. 1.* Idemque eſſet, ſi probari mens teſtatoris poſſet, *Iaſ. ibidem.* Ita intelligi poteſt *d. l. errore.*

Vbi autem neque ex aliis in teſtamento ſcriptis, mens teſtatoris elici, neq; aliter eius voluntas per teſtes probari poteſt, diſpoſitionem concidere, etiamſi errore Notarii prætermiſſio facta eſſet. *Ita Iaſ. d. l. errore. nu. 2.* qui oſtendit *d. §. ſin autem.* recte ita in Notario intelligi.

At ſi tota inſtitutio omiſſa ſit à teſtatore, certum eſt non poſſe valere illud teſtamentum, quod hæredē non habet. *l. proxime. 3. ff. his quæ in teſtam. del. l. fin. ff. iur. codicill.* Si à Notario prætermiſſio facta ſit, teſtamentum quidem nuncupatiuum, ſi error probari poſſit, valere: quum illius teſtamenti ſubſtantia ſcripturam non exigat, *Alex. d. l. errore. num. 6.* Teſtamentum autem in ſcriptis concidere dicit poſt *Bald. Salyc. d. l. errore. num. 2.* quum inſtitutio ſit caput teſtamenti, *d. l. proxime.*

Contrarium tamen voluerunt *Petr. & Cyn.* ſi error probari poſſit. Quorum ſententiam veriorem dicit *Alex. d. l. errore. num. 9.*

Tum (1) quod error Notarii regulariter teſtamento non officiat.

Tum (2) quod textum *d. l. fin. ff. iur. codicil.* vbi ob totalem omiſſionem inſtitutionis in tabulis factam, teſtamentum non valet, interpretes noſtri poſt gloſ. in *d. l. errore. verb. hæres eſto. ad fin.* ita intelligant: quod ibi à teſtatore omiſſio facta ſit. Vnde liquido conſtat, aliud ipſos velle, vbi Notarius inſtitutionem omiſit: ſi modo error probari poſſit.

Regula iuris eſt, quod error Notarii teſtamento non officiat. *l. ſi librarius. ff. reg. iur.*

Amplia 1. quando minus ſcriptum, plus nuncupatum. *Caſtrenſ. d. l. errore. num. 1. ibi Iaſ.*

Amplia

Amplia 2. si ipse testator minus scripserit, quam senserit. *l. quoties. §. 1. ff. hared. instit. Ias. d. l. errore. num. 1.*

Amplia 3. si per errorem aliter scriptum, quam dictum, & id probari possit. *Castr. d. l. errore. num. 1. per d. l. si librarius.*

Amplia 4. si omittatur clausula solita apponi. Nam habetur pro apposita, *text. in d. l. fin. cum gloss. verb simplicitas. ibi Bald. C. fideiuss. Castr. d. l. errore. num. 1. ibi Ias. num. 2. Domin. de Magd. de num. testium in testam. requis. part. 1. cap. 16.*

Et ex his, quæ DD. disputant, patet eos præcipue de verbis institutionis differere, quando quædam de his omissa, & solum nomen positum est. Ita enim *d. l. errore. & d. l. 1. §. sin autem.* loquitur. Sed quid, si tota institutio omissa fuit, ita quod à testatore adhibita, sed à notatio eo scripta non est. Dic, vt dixi hic.

Porro cuius præsumatur esse error, Notarii; an testatoris: & vtrum error à Notario admissus ab eo emendari possit: & quot testes ad errorẽ testamenti probandum necessarii sint, tradunt DD. omnes oridinarie in *d. l. errore. Bart. & alii in l. si librarius. ibi Dec. nu. 4. & seq. ff. reg. iur. Bald. nu. 10. cum mult. seqq. supra de Iustin. C. confirm. vbi pulchra distinctione resoluit, quando notarius errorem suum reuocare & emendare possit. ibidem Alber. Ros. n. 31. & n. 11. 12. 13. & Castr. num. 9. Mascard. de probat. lib. 2. conclus. 642. Dom. de Magd. de num. test. in testam. requis. part. 1. c. 31. num. 13. 14.* 5

L. in testamentis. T 26.

1 *Ratio dubitandi & decidendi ad textum.* *Testes hodie etiam rogandi.*

1 Ratio dubitandi ad textum est, q̃ solẽnitas rogationis testium in testamẽto, sit necessaria, *l. hac consultissima. in princ. supra.* Ratio decidẽdi ex *l. quoniam indignum. supr. eod.* Ad rationẽ dubitandi respondeo, omnino rogationem testium adhuc hodie necessariam esse: neque de hac textum agere: sed necessitatẽ tollere: 1. certis atque conceptis verbis vtendi, 2. & testes certiorandi, quod nuncupatiue testari velit.

Ex nouella Theodosii, antequam in testamento nuncupatiuò hæres nominaretur, vel legata relinquerentur, necesse erat, vt testator, se sine scriptura testari velle, præsentibus testibus exponeret. Quam in rem comparata erant certa quædam verba, quę prȩfari testatorem oportebat. Sed hanc obseruationem sustulit Iustinianus hic. *Ita Cuiac. l. hæredes palam. in fin. princip. ff. eod.* 1

Declara 1. Nam etsi hæc præfatio hodie ad testamenti confectionem non desideretur: testium tamen rogatio omnino necessaria est. *Modestin. Pistor. cons. 1. num. 18. cum seq. lib. 1.*

Declara 2. vt aliud sit in testamento cœci. *l. hac consultissima. supr. tit. præced. Ang. h. nu. 2. ibi Castr. quibus addantur, quæ supra de testamento cœci, requisito 3. annotata sunt.*

L. sancimus. 27.

1 *Textus expositio remissiue.*

Hunc solennem textum interpretatus sum ad *l. heredes palam. §. si quid post. ff. eod.* 1

L. cum antiquitas. 28.

Hunc quoque textum ad *l. casus. supr. eod.* exposui.

§. *fin.*

1 L. hac consultissima. in princ supr. eod. *per textum n. corrigitur.*
2 *Notarius scribens instrumentum, eidem subscribere cogitur.*
Iuridica responsa subscriptionem requirunt.

Quum in *l. hac consultissima. in princ. supr. eod.* pro forma & solennitate testamenti introductum sit, quod testator se subscribat manu propria, vel pro eo adhibeatur octauus testis, si nesciat scribere: tamen in hoc textu cauetur, si ipse testator propria manu testamentum scripserit, & de hoc attestatus fuerit, nullam in testamento requiri subscriptionem. Vt proinde *d. l. hac consultissima.* hactenus per l. nostram corrigatur, *Cyn. h. nu. 3. ibi Ias. h. 12.* Quum paria sint, siue quis totũ scribat, siue alii scripturæ subscribat, vt su- 1

vt supra ad *l. hac consultissima.* §. *ex imperfecto.* circa substantialia testamenti paterni minus solennis, requisito 3. annotatum est.

2 Textus tamen huius nostri decisionem, quod illius, qui scripsit, subscriptione opus non sit, limitant DD. I. in Notario, per *text. in pr. in Auth. de tabell. Ita Castrens. h. num. 7. Alex. num. 8. Ias. num. 12.* nisi proprium suum testamentum scribat, *Bald. h. num. 6.*

II. Limitant in responsis DD. quæ authentica non dicuntur, nisi subscriptionem habeant.

L. iubemus. 29. cum Auth. h. posita.

1 Partes textus principales quinque.
2 Decisio huius textus hodie rursum per ius nouum est sublata.
Lex correctoria reducens nos ad ius vetus, & de testamento scripto loquens, extenditur ad testamenta nuncupatiua.
3 Iustinianus textus huius nostri decisionem qua ratione appellet subtilitatem.
4 Testamentum non fit nutu, ne quidem inter liberos.
Quid iuris sit de testamento ad pias causas.
5 Articulate quis loquatur.
6 Testis qui interfuit contractui, sed non recordatur eorum, quæ gesta sunt: refert se autem ad signaturas suas, probat.
7 Ratio decidendi ad textum.
Disposita de testamento vno, in alio obtinent regulariter.
Testamentum ad alterius interrogationem fieri potest.
8 Legis natura est futuris negociis normam ponere.
Testamentum ante legem nouam conditum valet, etsi testator tam diu vixerit, vt illud reseruare potuerit.
9 Communis intellectus textus n. hic, quod notarius rogatus de actu, non adhibens solennia, L. Cornelia de falsis teneatur.
Casus aliquot, in quibus pœna falsi propter dolum præsumptum locum habet.
Communis intellectus lege noua Imperii comprobatus.

1 Huius l. partes principales sunt hæ.
1. Decisio.
2. Ratio decidendi, *ibi, quemadmodum enim.*
3. Ampliatio prima, *ibi, quod si non fuerit obseruatum.*
4. Ampliatio secunda, *ibi, scituris & tabellionibus.*
5. Restrictio, *ibi, quæ in posterum.*

2 Quum iam olim testamenta clausa vel testatoris, vel cuiuslibet alterius manu conscriberentur: *l. hac consultiss. in princ. supr. eod.* Imperator Iustinianus propter testamentorum synceritatem, *u* & vt nulla fraus adhiberetur, constituit, vt per manus testatoris vel testium nomen hæredis exprimeretur, *vt h. & Instit. eod. in fin. prin. ibidem in suis Inst. Theophil.* Quam constitutionem suam Imperator n. postea rursum sustulit: ita quidem vt hodie secundum priscam consuetudinem testamēta denuo conficiantur. §. *quia vero. in Auth. vt sponsal. largit. Auth. & non obseruato. h.* x

u Ratio decidendi. Nam negari non potest, si testator ipse literas nesciat, scriptorē testamēti fraudem admittere, & alium q̄ eum, quem testator velit, hæredem scribere posse.

x Glossam huius auth. dicit perpetuo notandam, Constant. Roger. *de iur. interpret. part. 6. num. 91 cum sequentibus.* Quod lex correctoria, reducens nos ad ius vetus, & loquens in testamento in scriptis, extendatur etiam ad testamenta nuncupatiua.

Tum (1) quod ex subtilitate huius l. n. multa testamenta destructa fuerint, testatoribus non valentibus huiusmodi custodire subtilitatem, aut forsan nolentibus scire aliquos suam voluntatem. *d. §. quia vero.*

Tum (2) quod testamenta solennia in scriptis, neque secreta perhiberi possent, neque aliquid inter illa & testamenta nuncupatiua discriminis futurum esset, si testator literarum ignarus, nomen hæredis testibus edere cogeretur. y *Cuiac. Nouell. 66.*

y Hæc ratio neque vniuersalis, neque concludens est. Nam & in testamento nuncupatiuo solumodo implicata nuncupatio fieri, ita vt testes non sciant, quis hæres institutus sit: Et in testamento solenni in scriptis expressa nuncupatio fieri potest. Neq; tamen propterea iura testamenti solennis in scriptis & nuncupatiui confunduntur, vt dixi ad quintum substantiale testamenti. §. *secundo ad solennitatem.* Ratio ergo Iustiniani nobis sufficiat.

Iustinianus in *d. Nouell. vt sponsalit. largit. §. quia vero.* nominat decisionem huius l. n. subtilitatem: & dicit, per eam multa testamenta esse euersa. Cur ita appellat suam legem? Responsio. Etsi negari non possit, si testator ipse literas ignoret, in scriptis autem secreto testari cupiat, omnem omnino fraudibus viam præclusam non esse, nisi testator ipse suo ore nomen hæredis testibus aperiat: Tamẽ vix fieri posse, vt dolus aliquis à scriptore admittatur. Nam sibi ipsi adscribere nemo potest. 3

At quid causæ fuerit, vt scriptor extraneo cuidam gratificetur, & dolum admittat? Finge autem, id eum aliqua de causa facere velle, quomodo suam falsitatem effectui dabit?

Aut enim literarum peritus testator est, & nihil tale facile metuendum. Suum enim testamentum testator recognoscere ipse atque inspicere volet. Neque existimandum, quenquam literarum peritum, vsque adeo ab omni sensu & ratione desertum esse, vt alienam scripturam non lectam, non visam pro vltimo suo elogio agnoscat.

At si literarum peritus non sit:

Tum aut scripturam testator adhibet, non quod voluntatem secretam & clausam esse cupiat, sed ob maiorem certitudinem. Et hoc quidem casu, nemo facile fraudem admissurus sit: quum scriptoribus testamentorum metuendum sit, ne testator vltimam suam voluntatem, quam secretam esse non vult, testibus ipse publicet.

Aut prorsus occultam voluntatem suam esse testator vult. Et vel ratio ipsa dictat, eiusmodi testatorem nullum alium scriptorem esse adhibiturum, nisi cuius integritatem probe habeat compertam: id quod testatores ita facere videmus. Nemo enim ignoto, aut tali, cuius fidem suspectam esse putat, ea, quæ secreto habere cupit, est crediturus. Fac autem, necessitate forte vrgente, testatorem qualicunque scriptore contentum esse oportere, de cuius fide ipse dubitet. Et ne hoc quidem casu procliue est, vt facinus aliquod admittatur. Qui enim septem testes literarum peritos inuenire potest, illi non erit difficile inter illos amicos vnum reperire, quem testamenti scripturam secreto recitantem audiat.

Quum ergo vix ac ne vix quidem fieri possit, imo quodammodo impossibile sit, vt à scriptore fraus admittatur: non immerito l. n. decisionem Iustinianus subtilitatem, id est, non necessariam appellat: quæ magis ad euertendas, quam ad conseruandas testatorum voluntates faciat: & eam rursum sustulit: quum solenne legislatoribus & politicis administratoribus sit, vt inter incommoda duo, minus eligant, & vtiliorem constitutionem vtili præferant.

Qui neque scribere, neq; articulate loqui.

Ergo nutu, aut signis testamentum non fit: sed necessarium est, vt conficiatur per scripturam, aut nuncupationem. Ita concludunt omnes hic, *ibi Bald. num. 2. Ang. num. 1. Castr. num. 2. Alex. num. 2. 3. 4. Ias. num. 4. qui facti speciem proponit: plures refert Alphan. ad text. n. in reportat. num. 431.* Et hoc etiam in testamento inter liberos verum est: *Bald. Castrens. Alex. Ias. h.* & dixi in *l. hac consultissima. §. ex imperfecto. supr. eod.* & in testamento militari, *Ias. numer. 4.* & in testamento ad pias causas. *Angel. num. 1.* Etsi de testamento ad pias causas plerique dissentiant. Videatur *Bald. h. num. 2. & Ias. num. 5. & 6.* Veriorem hanc dicit & communiorem, *Tiraq. de priuileg. pia caus. priuileg. 8. Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 177.* 4

Testamentum non fit nutu: sed fideicommissum & legatum, cæteris paribus. Qua de re dixi requisito testamenti 1. illat. 3. ampliat. 2. & aliquid circa testamentum cœci, requisito 9. & vltimo. Denique in *§. ex imperfecto l. hac consultissima. h. circa materiam testamenti paterni, prope fin. versic. limita hanc materiam primo.* Quare eiusmodi dispositiones, cæteris paribus, vt fideicommissa sustinentur. De testamentis ad pias causas DD. dubitant. Et videtur quidem, illorum sententia esse iuri magis consentanea, qui dicunt idem de hoc testamento, quod de militari, & testamento parentum inter liberos, statuendum.

Tum (1) quod maior sit fauor testamenti paterni, quam ad pias causas, vt ex iis, quæ supra de testamento paterno dicta sunt, liquere potest. Testamentum enim inter libe-

liberos sola patris scriptura sine omni teste conficitur. At non idem in pia causa admissum est.

Tum (2) quod testamenta parentum & militum iure gentium censeantur: & tamen nutu non conficiuntur.

Tum (3) quod longe alia ratio fideicommissi & legatorum, alia hæreditatis sit, in qua totius successionis præiudicium vertitur. *Zas. in l.1. §. si quis ita. num.8.9.10.11. ff. verb. obligat.*

Porro ad testamentum quod attinet, ante omnia de testatoris voluntate constare debet. *l. Diuus.25. ff. milit. testament.* Vtrum autem quo ad omnium bonorum præiudicium satis constet de voluntate ex nutu, quæstionis est. Certe si sapientissimi legumlatores iudicassent (quo ad omnem hæreditatem) ex nutu satis de voluntate testatoris constare posse: testamenta, quæ iure gentium censentur, nutu fieri posse constituissent, quod autem non fecerunt: imo contrarium statuerunt in testamento militari, & patris inter liberos. Quare cum testamentum ad pias causas ipsum quoque iure gentium censeatur: cur non ad eandem illud regulam cum testamento paterno & militari reuocaremus?

5 Porro articulate ζ is loquitur, qui ita pronunciat, vt adhuc intelligatur, etsi propter morbi atrocitatem, aut vicinitatē mortis linguam habeat ingrossatam. *l. quoniam indignum. supr. eod. & textus h. ibi Ang. num.2. Salyc. numer.1. Alex. num.2. Ias. num.1.2.3. Alphan. loco relato. Castr. cons.431. num.1. lib.2. Corn. cons.261. num.24. lib.4. Alex. cons.105. nu.7. lib.7. Zunt. in responso pro vxore, num.943. cum seqq. Ita Bart. num.1. hic* se excepisse ait, contra testamentum factum ab eo, qui propter morbi vim, articulate non esset locutus: quum alias homo linguæ expeditæ fuisset. Et hoc notandum monet.

ζ Adde ea quæ dixi supra de institutione hæredis requisito quinto, *§. infertur tertio.*

Quod si non fuerit obseruatum.

Repetenda huc erunt, quæ ad *l. si quis testamentum.* limit. 1. *ff. eod. tit.* annotata sunt.

Sed ne aliqua forsitan.

6 Hic versiculus allegatur ad hoc, si testis interrogatus dicat, an interfuerit contractui, & qualiter processum sit: & respondeat, se interfuisse: sed non recordari qualiter sit processum, tamen dicat, quod fecerit memoriam in libro suo, & referat se ad illud scriptum: quod testificatio eius valeat: & producto libro, stetur perinde, ac si dixisset specialiter omnia contenta in eo. *Ita Castren. h. num.4. allegans in id Bartolum in l.1. num.28. ff. si cert. pet.*

Quemadmodum enim.

7 Ratio decidendi ad text. h. quam plenius expressit idem Iustinianus *ad fin. princ. Institut. eod. ibid. Theoph. in suis Institut.* Ex hoc autem versiculo Accursius regulam elicit: Quod disposita de vno testamento, puta, nuncupatiuo, etiam in alio obtineant, nisi scilicet aliter iure cautum sit. Vnde porro infert: Quemadmodum iure veteri, & hodie iure nouissimo, in testamento in scriptis nomen hæredis ab ipso testatore, vel alio scribi potest. *Auth. & non obseruato. h.* Ita & in nuncupatiuo testamento, hęredis nomen ab alio nuncupari: & proinde testamentum ad alterius interrogationem fieri posse: dummodo testator se id nomen hæredis ab alio expressum agnoscere verbis profiteatur. Quæ communiter recepta sententia omnium prope scriptis celebratur: Pro cuius tamen declaratione, ea videnda erunt, quæ dicta sunt circa testamentum cœci requisito 9.

Quæ in postremum tantummodo obseruari.

8 Hæc enim iuris ciuilis & Can. regula est: Quod legis natura sit, vt futuris negociis normam ponat: non ad facta præterita reuocetur *text. in c.*

 fin.

fin. ibi Canonistæ ordinarie, & latissime atque pulcherrime Felyn. de constitut. l. leges. 7. supr. de legib. text. in Auth. vt fact. nou. constitut. & text. in Auth. hac constitut. interpret. prior. DD. ordinarie in l. omnes populi. ibi Bart. num. 39. tres articulos proponens, quem Legistæ & Canonistæ communiter sequuntur, & Bald. nu. 50. Bolog. num. 161. ff. iust. & iure. Corn. consil. 1. num. 15. consil. 24. num. 9. consil. 90. num. 9. lib. 3. Ruin. consil. 76. num. 10. lib. 5. Molin. consil. 17. num. 7. 8. Porc. consil. 85. num. 29. Cephal. consil. 461. num. 28. VVesenbec. cons. 5. num. 34. Quæ sententia vera est, etiamsi effectus actus præteriti conferatur in futurum. Nam adhuc actus perfectus sub lege noua non comprehenditur, *a* vt est textus *hic. ibi Ias. nu. 8.* Actus enim principalis consideratur qui ante nouam constitutionem fuit, non executio accessoria. *Bart. d. l. omnes populi. numer. 44. ibi Bolog. num. 169. Felyn. d. c. fin. num. 2. vers. amplia quarto. ibi Dec. notabiliter numer. 17. & addito ad eum. super verb. contrarium.* Ita etiam hæc sententia procedit, etsi testator, qui ante legem nouam testatus est, tantisper vixerit, vt testamentum secundum ius vetus conditum reformare potuerit. Nam factum legitime retractari *b* non debet, licet casus postea eueniat, à quo non potuit inchoari. Quæ sententia receptior & verior est, vt doctissime ostendit *Pec. de testam. coniug. lib. 4. c. 25. per tot. & maxime num. 5. edit. nouiss.* etsi aliqui dissentiant, inter quos *Ias. h. num. 8.*

a Leges nostræ futuris negociis normam ponũt: ad facta præterita regulariter non pertinent. Dicuntur autem facta præterita, quæ ante legem nouã perfecta sunt: etiamsi effectus actus præteriti conferatur in futurum. Vt ecce, si vxorem duxero, & illa mihi dotem attulerit, habebit ius taciti pignoris in meis bonis.

Hic est contractus perfectus. Effectus huius actus perfecti & præteriti est actio, quæ mulieri competit. Fac iam, posteaquam vxori meæ ius quæsitum fuit, noua lege sublatum esse ius rei vxoriæ: quemadmodum ante aliquot annos Brunsuigæ factum: me autem vergere ad inopiam. Quæritur, num vxor mea ius hypothecæ & prælationis in bonis habitura sit, non obstante noua lege, antequam contraxit? Casus accidit in republica Brunsuicensi.

Ita Anno 72. publicata est constitutio electoris Saxoniæ, daß auch interesse successiuum promiscuum post moram, ohn Beweisung nicht zu erkennen. At Anno 83. cautum est: daß ohn Beweisung 5. auffs 100. als ein Zinß zu erkennen. Pone, contractum esse ante illam nouissimam constitutionem: & super contractu quoque esse processum. Nunc oritur quæstio de vsuris. Nam creditor cupit se admitti sine probatione, Er wil ohn Beweisung mit 5. auffs 100. content sein. Rei excipiunt, illum omnino vrgendum ad probationem, neque audiendum mit der Zinßforderung / eam ob causam, quod noua constitutio non pertineat ad facta præterita: Hunc autem contractum factum esse ante nouam constitutionem: & actionem, quæ nunc in iudicio ventiletur, esse effectum actus præteriti. Quæritur, quid iuris? Respondeo. Decisio extat in gl. *d. l. leges. supr. de legib.* Quid (inquit gl.) si agatur post legem factam, de contractu inito ante legem? Dic, veterem legem seruari. Hæc glossa notanda est. Et habui ego hæc in causa graui. Omnino distinguendus est actus perfectus ab imperfecto: & in perfecto distinguenda est contractus aut actus substantia ab effectibus, id est, ab actionibus, quæ tanquam effectus ex contractu & obligatione descendunt. In tali ergo casu lex vetus atque correcta allegari potest, cum alias in pœnam falsi incidat, qui ius correctum in iudicio allegat, *vt est text. in C. de iustin. C. confirm. vbi hoc notant DD. & præ cæteris eleganter Bald. nu. 7. Alb. Ros. num. 4. 5. Castr. num. 4. vbi se hanc quæstionem in facti contingentia habuisse scribit.*

b Ergo testamentum conditum ante legem nouam habetur pro actu perfecto & præterito, etsi testator post legem nouam iam publicatam moriatur. Quod iis repugnare videtur, quæ dixi ad definitionem testamenti, circa vltimam particulam testamenti, *vers. plus unum. tamen contractus.* Et inter substantialia, substantiali 7. & 8. vbi annotatum fuit, pro substantia testamenti necessarium esse, vt testator moriatur, & eius adeatur hæreditas. Respon. Mortem testatoris & aditionem non esse substantialia essentialia, sed confirmatoria, vt declarat *Bolog. in l. nemo. num. 7. ff. legat. 1.* Et ad hoc, vt actus perfectus, quo ad materiam nostram, dicatur, sufficere, vt substantialia essentialia, id est, materia, forma, efficiens, causa finalis concurrant: Id clare probat *text. n. h.* Neque in iure nouum est, vt multis modis actus perfici & perfectus dicatur. Exemplum est in venditione, cuius triplex in iure perfectio traditur.

Iason ibi, inquit, mihi plus placet limitatio Angeli, per rationem, quam assignat iste textus, quare iste textus non habeat locum in testamentis ante factis: quia nihil peccauit, qui huius legis inscius, pristinam formam non seruauit. Ergo ille, qui sciuit, & superuixit, post legem nouam non excusatur. *Hac ille.*

1. Respondet post *Ripam, Pec. loco relato, num. 5.*

2. Deinde non bene colligit à contrario sensu ex illis verbis: Quid enim peccauit antiquitas &c. Habent enim illa verba relationem ad tempus præteritum: & sic voluit legislator satis esse, quod testator fuerit inscius nouæ legis tempore, quo pristinam formam seruauit. Ita communiter intelligitur ista lex. *Hac ille.*

Qui plura videre volet de hac materia, consulat *DD. in d. c. fin. & in d. l. omnes populi.*

Sciturus & tabellionibus.

Traditur hic, tabelliones, & eos, qui testamẽta conficienda procurant, & pœna

pœna falsi teneri, si aliter, quam hac lege præscriptum est, facere ausi fuerint. Quod Richardus Malumbra, Baldus & Raph. Fulgosius ita intelligunt, quando vel testamenti forma seruata non est, sed Notarius eam seruatam dicit: Vel seruata quidem est, Notarius autem non interuenisse eam testatur. Talis enim, quum in vero dolo sit, merito pœna falsi tenetur. Sequitur *Mantic. de coniect. vlt. volunt. libr. 2. tit. 13. num. 4.* Verum DD. communiter indistincte textum accipiunt, qui semper allegatur ad hoc, quod Notarius rogatus de aliquo actu, in quo requiritur certa solennitas, si illam non adhibeat, vel adhiberi non faciat, l. Cornelia de falsis teneatur. Ita tradunt *h. Cyn. num. 4. Alber. num. 2. Ang. nu. 4.* qui distinguit. *Castr. num. 8.* & ita textum reliqui omnes accipiunt, vt testatus est *Ias. h. numer. 8. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volun. lib. 2. interpret. 2. dub. 2. solut. 2. num. 104. Mant. de coniect. vlt. volun. lib. 2. tit. 13. Domin. de Mag. de num. testium in testamen. requis. part. 1. c. 2. num. 42* Vt hic vnus de illis casibus sit, in quo Notarius propter dolum præsumptum pœna falsi tenetur, *DD. hic.*

DD. aliquot casus enumerant, in quibus propter dolum præsumptum pœna falsi locum habet.

I. Est hic ex communi DD. sententia.

II. Est in *l. nulli. antepen. ibi Bart. infr. numerar. & auctuar. lib. 12. Ias. h. n. 9.*

III. Est in *tot. tit. infr. his, qui sibi adscrib.* tradunt DD. in *l. dictantibus. supr. eod.*

IV. Casum adferunt ex *l. nolumus. 20. supr. eod. ita Alex. h. num. 5.*

Etsi autem *Vigl. ad fin. princ. num. 16. Instit. eod.* communem DD. sententiam falsam esse perhibeat: & textum de iis, qui ad suggerenda solennia in testamentis adhibentur, accipiendum dicat: tamen quum ille hoc Notariorum officium esse vltro fateatur, omnis illius frustratoria disceptatio est, maxime cum communis DD. intellectus Noua Constitutione Imperii, **von Notarien**/ *sub rubr.* **von Testamenten**/ *§. fin.* c comprobatus sit.

c Es sollen auch die Notarien deß wissens haben / welche obgemelte Form der Testamenten / als auß Keyserlichen Gesetzen gegeben / mit fleiß zu halten seumig werden / daß die / zu dem / daß die Testamenta, so anderst gemacht würden / von Keyserlichen Rechten nicht beständig seyn / der Peen deß Rechten darumb zu leiden / sich nicht enthalten mögen.

Declara textum 1. Vt decisio hic relata tantum procedat in suo casu, in quo scripta est, puta, in instrumento testamenti, non in aliis. *Alex. numer. 7. 8. Ruin. cons. 145. num. 13. lib. 5.* Quam sententiam communem dicit *Gratus consil. 16. num. 44. & sequentib. lib. 1. Gabr. Roman. lib. 6. recept. conclus. tit. de consuetud. reg. 3. num. 7. Mant. de coniect. vlt. volunt. d. tit. 13. num. 1.* & ita loquitur *Nouella Imperii d. §. fin.*

Declara 2. Nam quod hoc testamentum, in quo solennia omissa sunt, pro falso habetur, id tantum, quo ad Notarium puniendum, non quo ad alios effectus, verum est. *Mant. ibid. num. 2. Dom. de Magd. d. c. 2. num. 42.*

Declara 3. Nam etsi correcta huius legis decisione, etiam pœnam, de qua illa disponit, sublatam existimet *Vigl. loco relato, nu. 5.* Tamen illius sententia præcitata noua constitutione Imperii refellitur.

Declara 4. Nam pœna l. Corneliæ tum demum contra Notarios locum obtinet, si testamentum concidat, quod *d. Nouella Imperii* clare ostendit. Quod quibus casibus fiat, ex iis, quæ ad *l. ambiguitates.* in præcedentibus dicta sunt, constabit.

L. nostram. 30.

1 *Textus expositio remissiue.*

1 Supra exposita est in *l. heredes palam. §. si quid post. ff. eod. tit.*

L. fin.

Hac *l. fin.* duo exponit Imper.

I.

Quæ sint necessaria, vt priuilegium legis huius obtineat. 1

Exponit autem Imperat. tria.

I. Exigitur, vt testator rusticus sit.

Nam rusticis propter præsumptam iuris ignorantiam, priuilegium tributum est.

Sicut enim ab vrbe vrbani, à ciuitate ciuiles homines dicuntur: quum humaniores sint, qui ciuilem societatem colunt.

Ita à Græca voce ἄστυ, quæ vrbem sonat, astutiam & astutos dicimus. *Bodin. de republ. lib. 1. cap. 6.*

Quo enim maior hominum in aliquo loco frequentia est, eo regulariter maior astutia inueniri solet.

Daher kompts / daß gemeinlich in grossen emporiis vnd Handelsstätten viel schwindere Practicken vnd Betriegerey erhört werden / als man sonsten bey geringen Communen erfähret.

2. Exigitur, vt ruri testetur: & 3. vt ibi sufficiens numerus testium haberi nequeat.

Nam Imperator hic neque solam rusticam simplicitatem, neque locum solummodo & penuriam testium qui necessarii sunt, considerat.

Ergo si rusticus in ciuitate, aut Iurisconsultus ruri testetur, lex hæc cessabit.

2.

Quod sit priuilegium rusticorum.

Est autem priuilegium rusticorum duplex in hac nostra materia.

In testamento in scriptis vnus testis subscribit pro aliis.

2. Denique in vtroque testamento in scriptis, & nuncupatiuo quinque testes sufficiunt: si plures haberi nequeant.

Huius textus sententiam Nouella Imperii constitutio, **von Notarien/** breuissime & eruditissime sic complexa est: **Daß auff dem Gaw / *d* wo Bawersleuth Testament machen / vnd mehr Zeugen nicht zu bekommen weren / auffs wenigst fünff Zeugen noth seyn /** *text. & DD. hic. plures adduxi supra ad regulam: quod septem testes in testamento necessarii sint. fallen. 15.*

Nam *e* etsi in iis, quæ pro forma actus, vel ad rigorem iuris conseruandum, introducta sunt, nulla rusticitatis ducatur ratio: *Domin. de Magdal. de num. testi. in test. requis. part. 1. c. 14.* Tamen rustica simplicitas *f* cum inopia testium ruri vt plurimum concurrens, priuilegii huius causa fuit. 2

d Gaw / idem, quod γαῖα est. *Philipp. Melancht. homil. Domin. Lætare.* Rectius aliqui Germanicam vocem ita pronunciant, Gaî.

e Ratio dubitandi, aliam adfert Bald. hic.

f Si sola simplicitas esset causa relaxandi numerum testium, etiam minores & mulieres coram paucioribus, quam septem testibus testari possent: Et si sola testium inopia sufficeret, priuilegium hoc non ad rusticos tantum, sed in vniuersum ad omnes alios pertineret. adde *Angel. Aretin. de testament. gloss. 5. num. 7. 8.*

Atque hinc nostri perhibent, hoc priuilegium personæ & loco copulatiue tributum, non aliter competere, nisi tribus concurrentibus, vt videlicet 1. testator rusticus sit, 2. & ruri testetur, 3. atque sufficiens testium numerus haberi non possit. Quæ sententia non modo communis est, vt apparet ex traditis *per Bart. & reliquos hic. Clar. §. testamentum. q. 56. num. 6. late per Dom. de Magd. d. c. 14. & latius c. 21. per tot.* sed etiam textu n. hic, & d. Nouella Imperii nititur.

Atq;

Atque hinc ſequitur, textum hunc neque ad ciuem ruri, neque ad ruſticum in ciuitate teſtantem pertinere, quod *DD. locis præcitatis, & Domin. de Magd. d. c. 21. late pertractat. l. conficiuntur. §. 1. ibi Bart. ff. iure codicill.* Etſi in ciue ruri teſtante multi idem eſſe ſentiant, *g* vt cognoſci poteſt ex iis, quæ tradit *Iaſ. h. num. 2. ampliat. 1. & 2.*

g Hæc eſt ſententia Petri & Cyni, quæ Baldo æquior viſa eſt: cum iure diuino teſtamentum coram duobus, & iure Canonico coram parochiano, & duobus teſtibus fieri poſſit. Contraria ſententia eſt Iacobi Aren. & Bartoli, quam Angel. Aretin. *in tract. de teſtam. gloſſ. 5. num.* 8. ſequitur, ita vt dicat, ſe credere hanc in practica ſeruari. Nobis autem Angeli authoritate, ad practicam quod attinet, opus non eſt, quum clara ſit Nouellæ ſententia, ibi, Wo Bawersleut Teſtament machen/ꝛc. id eſt, ſi ruſtici teſtentur.

Hiſce autem concurrentibus, priuilegio huius textus locus eſt.

Amplia hunc textum 1. Nam ſufficit quinque teſtes eſſe adhibitos, etſi ſex eo in loco extiterint, dummodo ſeptimus non potuerit inueniri. Ita notabiliter decidit *Caſtr. hic, nu. 4.* dicens hoc mente tenendum. probant *Alex. num. 10. & Iaſ. num. 11.* referunt *Bened. verb. teſtamentum el 1. num. 12. verſ. ſecundo fallit. Vaſq. de ſucceſſ. creat. lib. 3. §. 22. num. 30.*

Amplia 2. Nam ſufficit allegari, quod plures inueniri non potuerint. Nam eo ipſo fundata eſt intentio, niſi contrarium probetur. Etſi tutius ſit, quod Notarius dicat, facta inquiſitione, plures non potuiſſe reperiri. *Bart. d. l. conficiuntur. §. 1. num. 4. ff. iure codicill. Vaſq. d. §. 22. num. 31.*

3 Amplia 3. Nam appellatione ruſticorum intelliguntur omnes, qui rus incolunt, etſi nobiles ſint. Ita poſt *Petr.* ſenſit *Cyn. hic. num. 4. Alber. num. 1. Ang. n. 2. Iaſ. nu. 1.* Plures in idem citat *Alph. ibi in report. num. 59.* Idem ſenſit *Bart. d. l. conficiuntur. §. 1. num. 3. verſ. quæro, qui dicantur ruſtici. Ang. Aretin. in tractat. de teſtament. gloſſ. 5. num. 8. Iaſ. in §. Item Seruiana. num. 26. Inſtitut. action.* veram & communem dicit *Vaſqu. d. §. 22. num. 32.* Quanquam in *h* nobilibus eruditis ruri habitantibus, aliud ſit, vt contendit poſt alios *Dominic. de Magdal. de num. teſtium in teſtam. requiſ. part. 1. cap. 18. nu. 18. & d. c. 21. num. 25. quibus addantur, quæ idem ille diſſerit de huius legis priuilegio ibidem c. 11. num. 10. c. 14. num. 5.*

h Videbatur potius contrarium dicendum. Nam ius ea conſiderat, quæ vt plurimum accidunt. *l. 3. 4. 5. ff. legib.* Ita quum vt plurimum contingat, vt abalienatione pecuniæ facta (quando ſcilicet mutuum formale non eſt) creditoris interſit, Iuſtinianus vſuras moderatus eſt, & communiter permiſit in *l. eos. 26. §. 1. ſup. vſur.* etſi dari caſus poſſit, vt creditoris non interſit, *Molin. de vſur. qu. 2. num. 75.* Contrarium hic verum, quia ex textu ſatis patet ratione præſumptæ ignorantiæ & defectus teſtium concurrentium hoc priuilegium conceſſum. Ergo ſicut priuilegium ceſſat, vbi plures teſtes haberi poſſunt: ita etiam ceſſabit, vbi conſtat, quem eſſe iuris expertem.

4 Amplia 4. vt text. h. procedat in teſtamento *i* in ſcriptis & nuncupatiuo. Nam etſi textus in verſic. Ita tamen. in teſtamento in ſcriptis loquatur: *Salycet. h. num. 5.* Tamen & in teſtamento nuncupatiuo procedit. Eſtque hoc ruſtici priuilegium in teſtamento nuncupatiuo, vt vbi plures haberi non poſſunt, coram quinque teſtibus voluntatem ſuam nuncupare poſſit: qui numerus etiam in teſtamento ſcripto ſufficit: ita tamen vt inter eos vnus literatus ſit, qui pro ſe & pro aliis ſubſcribat, quod aliis permiſ-

i Angelus Aretin. *in tractat. de teſtament. gloſſ. 5. num. 6.* exiſtimat, teſtamentum ruſtici in hoc textu mixtum eſſe. Putat enim, totum textum, de teſtamento ruſtici ſcripto agere: & vſum huius inueſtigationis monſtrat. Tu dic, ruſticum nuncupatiue & in ſcriptis teſtari poſſe: & de vtraque forma textum agere, procedendo per diſtinctionem elegantem. Aut enim ſeptem teſtes ruri haberi poſſunt: & illi adhibendi ſunt: Et ſiquidem omnes literati ſint, ruſticus in ſcriptis teſtari poterit: ſin illiterati, omnes nuncupatiue. *verſic. ita tamen. cum verſic. ſequent.* Sin autem tot teſtes ruri non habeantur, coram quinque ruſticus teſtabitur, vel in ſcriptis, ſi omnes literati ſint, vel nuncupatiue, ſi illiterati omnes, *verſic. ſin autem in illo loco.* Si autem vnus tantum, aut duo, aut plures, (non tamen omnes, puta quinque aut ſeptem,) literati inueniantur, ruſtico in ſcriptis hactenus teſtari licet, ſi voluntatem ſuam teſtibus exponat: & literati, pro illiteratis præſentibus ſubſcribant: & poſt teſtatoris mortem iurati deponant. *ita loquitur verſic. ſi vero vnus.* At ſi omnes teſtes ſeptem aut quinque literati ſint, minime opus eſt, vt teſtator voluntatem ſuam teſtibus aperiat, & coram eis nuncupet hæredem. Quare vera eſt Angeli ſententia, de teſtamento ruſtici, *de quo præcit. verſ. ſi vero vnus agit.* quod mixtum ſit. Quo ad alia textus capita dicendum, ruſtici teſtamentum aut nuncupatiuum, aut ſcriptum eſſe.

permissum *k* non est. *l. pen. ff. eod.* Ita post glossam & Petr. docet *Cyn. h. numer. 4. Bart. num. 1.* dicens ita communiter obseruari. *Ang. nu. 4. & 5. Alberic. num. 1. Castr. num. 1. & 5.* communem hanc dicunt *Alex. ibi num. 8. Ias. nu. 2. versic. quarto extende istam legem. Clar. d. q. 57. num. 6. Vasq. d. §. 22. num. 34. Dom. de Magdalen. d. c. 21. num. 38. Graff. §. testamentum. q. 54. nu. 9.* l *arg. l. iubemus. versic. quemadmodum enim. supr. eod.*

k In testamento solenni in scriptis singuli testes subscribere debent.

l Dispositum in testamento vno, intelligitur dispositum in alio.

Etsi autem Leo Iunior constituerit in rusticorum testamentis tres, in aliis quinq; testes sufficere, vt ex Nouella ipsius 41. & 43. liquet: Tamen illæ leges à nostris receptæ non sunt. *Vigl. §. sed quum paulatim. nu. 7. Inst. eod.*

Ergo hoc textu & præcitata Nouella Imperii Anno 1512. publicata vtimur.

Amplia 5. Nam lex hæc indistincte procedit, siue in loco, vbi rusticus testatur, iam antea viguerit consuetudo solennitatis testamentorum diminutiua, siue non viguerit. *Bart. d. l. conficiuntur. §. 1. num. 2. Ang. nu. 5. Castr. num. 4. Ias. num. 2. vers. limita nunc istam legem.*

Amplia 6. Nam sufficit tempore testamenti quem rusticum fuisse, licet postea ciuis efficiatur. Ita *Ias. h. num. 2. vers. tertio extende. Vasq. d. §. 22. numer. 34. vers. sexto amplia.* Quam tamen sententiam refellit *Domin. de Magd. d. tract. c. 19. num. 28. & d. c. 21. num. 39.*

Amplia 7. Nam etsi receptior DD. sententia sit, quod solennitates testamentorum consuetudine aut statuto, cæteris paribus, tolli possint: *DD. in l. si non speciali. supr. eod. DD. hic.* m *latissime Domin. de Magdal. d. tract. part. 1. cap. 22. per tot. & plures adduxi supra ad regulam: quod septem testes in testamento necessarii: fall. 3. 4. 5.* Tamen aliquibus visum est, textum hunc in testamentis rusticorum non tantum præteritam, sed etiam futuram consuetudinē *n* limitare, maxime quum facilius futura quam præterita, consuetudine limitentur, *arg. l. patre furioso. 8.* o *ibi gl. verb. retinere. ff. his qui sunt sui vel alien. iur.* Qua tamē de re cognoscenda erit disputatio *Dom. de Magd. loc. rel.* 5

m Prolixam distinctionem habet *Alber. nu. 4.* vsq; ad fin. Et ad ea, quæ hic dicuntur, etiam vidēda, quæ annotata sunt supr. ad definitionem testamēti; ad materiam testamenti ab alieno arbitrio pendentis, fallen. 1.

n 1. Vbi limitatur consuetudo præterita, multo magis limitatur futura.
2. Imperator, postquam formam testamento rusticano posuit, addit, minus autem nullo modo concedimus.
o Furor impedit contrahendum, non dissoluit contractum matrimonium.
Ergo multo facilius impeditur actus fieri, quam vt iam factus retractetur. Ita hic quoq; *d. conditum.*

Vtrum lex derogans præteritæ consuetudini, etiam deroget futuræ, tradunt *Bald. h. num. 4. ibi additio. Duar. ad tit. de test. sub rubr. de effectu solennitatu seruata. vers. sexta exceptio.* dicit: textum hunc derogare consuetudini præteritæ, non futuræ. Idemq; alii quidam sentiunt. Sed excipi potest, vt Castr. dicit, quod facilius derogetur consuetudini futuræ, quam præteritæ. *Tib. Dec. cons. 32. n. 5. cum seqq. lib. 2.* Ideo alii aliter ad textum respondent.

Sed si vniuersim aliquo in loco testamenti solennia essent restricta, ita quod duo testes sufficerent, aut tres, nihil dubitandum esset, Idem in rusticis, quorum causa fauorabilior est, quam aliorum, recipiendum fore.

Disputant hic DD. multa alia, puta, num familia habere possit consuetudinem de certo modo testando. *Angel. num. 4.* dicit, quod non: *p* quum pacto priuatorum formæ testandi publicæ derogari non possit, nisi illi habeant imperium, vbi etiam de Collegiis quærit. 6

Item disputant DD. num lex generalis tollat consuetudines speciales. Vide *Cyn. h. ibi Bart. num. 5. Angel. num. 5. Alex. num. 8. Ias. num. 12. text. in c. 1. de constitut. in 6.*

p Hic punctus in iure valde est controuersus. Num nā certa familia statutum aut consuetudinem introducere possit. Tiraquellus *de iure primogenit. quæst. 16. per totum.* vtramque partem disputat. Bodinus autem *de republ. libr. 1. cap. 2.* in claris tantum atque illustribus familiis, id ius tolerandum contendit: cum sine grauissima causa ferendum non sit, vt priuatis familiarum pactis, iuri publico derogetur. *l. ius publ. ff. de pact.*

Receptior autem affirmatiua sententia est. *Gabr. Roman. libr. 6. tit. de consuetud. conclus. 5. num. 7. vbi magis communem dicit. Ioan. Fichard. ad Villalob. verb. familia. nu. 13. Paris. cons. 72. num. 11. lib. 4. Tib. Decian. cons. 31. n. 71. lib. 1. Schurf. cons. 17. cent. 1. Modest. Pist. cons. 71. lib. 1. Fichard. cons. 2. num. 1. cons. 3. num. 6. cons. 7. num. 11. lib. 1. cons. 45. num. 8. lib. 2. Laurent. Kirchou. consil. 17. num. 8. in libr. 1. consil. varior. German. adde notat. supr. num. 36. VVesenbec. cons. 41. num. 169.*

Pro negatiua autem cum aliis pugnat Rolenthal. *in tract. feud. cap. 7. conclus. 43. num. 17.*

Fallit

7 Fallit hæc sententia 1. in testamento inter liberos, vbi rusticus secundum ea, quæ superius ad §.*ex imperfecto*.expressa sunt, testari poterit. *Bald. h.num.5.*

Fallit 2. & 3. vt per *Vasq.d.§.22.num.34.*

Fallit 4. in terris Ecclesiæ,& de iure canonico. Nam testamentum coram duobus testibus & parochiano fieri potest. *Ang. Aretin.in tract.de testam.gl.5.num.8.ad fin.*

Habent DD.hic alias disputationes.

1. De testamento condito in mari, vt *Bald.num 9.*

2. De testamento rustici condito in carcere Tyranni, vt per *eundem num.10. Vasqu.de success.creat.§.17.num.83.vers.nono.*

3. Quærit etiam *Salyc.num.7.* si inducatur, vt testamenta coram quinque testibus, conficiantur:an per hoc codicillari liceat coram tribus? Et concludit, quod non.

Et hæc quidem de textuum expositione nunc sufficiant.

DEO vni & trino honor, imperium, maiestas seculis seculorum infinitis.

Iam mihi etiam enarrandi essent canones, atque Decretales ad materiam nostram pertinentes:idq; libenter facerem:sed duo sunt, quæ me à proposito retrahunt.

1. Ita enim in multorum reprehensionem incurrerem.

2. Multum temporis consumerem, quod iudico nos melius in aliarum materiarum expositionem collocaturos: præsertim quum omnium illorum textuum materias, quotquot huc spectant, aut remissiue, aut ita declarauerim in specie, vt nihil sit, quod magnopere nos hic diutius retinere debeat.

Nam canones sub 12. causa. qu. 3. & 5. & can. vltima voluntas. cum c. sequenti. 13. q.2. & can. 18. q.1. præterea c. quia ingredientibus. cum seqq. 19. quæst. 3. materiam peculii clericalis & testamentorum clericalium habent, quorsum etiam ca. 1. 2. 5. 7. 8. 9. 12. 15. pertinent. Qua de re sufficienter disputatum est circa primum requisitum testamenti, illat.2. limit.5.

Ad materiam autem executorum & executionis testamentorum pertinent *c. fin. de testamen.in 6. Clem.vnic.eod.tit.* & in Decretalibus antiquis *c.3.6.17.19.* quam declaraui remissiue inter testamentorum naturalia, *vers. Et maxime huc pertinent.*

Declaraui autem in specie *c. cum esses.10. c. relatum.11.* in materia testium testamentariorum. *c.cum tibi.13.* circa definitionem testamenti.

Restant ergo præcipue illi textus, qui commodius alibi explicantur, *vt c.1.de testam. in 6.& c.Raynutius in antiquis.* quæ declarari possunt in materia substit.

Item *c.14.iterum. c.Raynutius. c. Raynaldus.c.fin.* in quibus iuribus materia quartarum & portionis Canonicæ exponitur.

Impono ergo huic tractatui nunc finem: cui tamen extremam manum nondum adposui. Fortasse enim DEVS mihi tantum subseciui temporis donabit: vt, quæ semel dixi, denuo recognoscam: quædam etiam explicem plenius. Quemadmodum enim temporis mihi ratio fuit habenda, vt portum tandem contingerem: ita me cum Iurisconsulto in *l.apud Iulianum.ff.fideicom.liber.* profiteri non pudet: κἂν τὸν ἕτερον πόδα ἐν τῇ σορῷ ἔχω, προσμαθεῖν τι βουλοίμην.

IOHAN.



IOHAN. DAVTHII, I. V. D. VIRI CLARISSIMI ET PROFESSORIS LIPSENSIS TRACTATVS,

DE SOLENNI SVBSTITVTIONUM materia.

SVMMARIA.

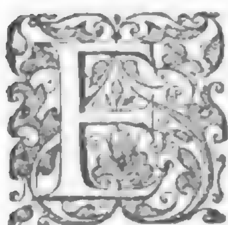
1 *Author expositionem doctrinæ de substitutionibus, tribus partibus absoluere proposuit: præmissorum videlicet, materiæ & textuum declaratione.*

Quæ sint præmissa doctrinæ de substitutionibus.

2 *Substitutionis vulgaris sedes.*

3 *Quædam loca Clarissimi Iurisconsulti Dn. Matthæi VVesenbecii, quibus ille doctrinæ de substitutionibus vtilitatem eleuare visus est, expensa.*

Maxima vtilitas doctrinæ de substitutionib.



EXPOSITVRVS, CHRISTO fauente, amplissimam substitutionum materiam, omnem tractationem tribus partibus concludere studebo.

Primo: quum ad cognitionem specierum, generum cognitio præcedere debeat, *l.1. supr. si cert. pet.* & proinde bona docendi ratio ea sit: quando primo definitio rei, deinde diuisio traditur: demum exemplorũ declaratio fit: & alia generalia, quæ τῶν προεχόντων γνωμῶν vicem præstant, excutiuntur: quam expositionis rationem, ad vnum omnes pene hic *ad rubr. ff.* sequutos video: recte me facturum arbitror, si ipse quoque pauca quædam tractationi meæ præmisero.

Capita a. hæc erunt. I. continuatio tit. in ff. de vulg. & pupil. substit. cum præcedentib. II. Materiæ huius cõmendatio modesta. III. & IV. Explicatio duarum qq. quo fine substitutiones introductæ sint, id est, quem vsum habeant: & quo iure fuerint introductæ. V. Discussa vocabuli substitutionũ homonymia, indicabitur quid à restitutione, conditionali institutione, adiectione, & repetitione differat. VI. paucissimis rubricam ff. exponemus. VII. Definitionem tractabimus. VIII. Addemus diuisionem. IX. & vltimo, De substitutionum effectu in genere quædam remissiue annotabimus.

Hæc προπαιδεύματα erunt.

Hisce præmissis, statim aggrediar, DEO volente, substitutionis vulgaris materiã, & 2
exponam vna *l.1.h.t.n.* Deinde materiam pupillaris substitutionis tractabo circa *l.2. & l. si filius qui patri. inf. eod.* Postea materiam substitutionis exemplaris, circa *l. ex facto. inf. eod.* explicabo.

Ea discussa, veniemus ad substitutionem reciprocam, & ad *l. Lucius. infr. eod.* Nouissime *l. centurio. hoc tit. & l. precibus. C. eod.* coniungam, vbi compendiosæ & militaris substitutionis materia à DD. tractatur.

Materia ita exposita, omnes textus C. reliquos ex ordine enarrabo.

Tripartita ergo erit hæc tractatio nostra, & constabit, 1. præmissorum, 2. materiæ, 3. & textuum expositione.

Ante omnia autem, ne Clarissimi Iurisconsulti Domini Matthæi Wesenbecii, de 3
re nostra literaria optime meriti, authoritas, in hoc stadio currentibus obstaculo sit: operæ me precium facturum esse arbitror, si tribus saltem verbis & obiter, de quibusdam illius sententiis huc spectantibus, iuniores monuero.

In paratitlis ff. *ad tit. n.* quum de substitutionibus quædam generalia exposuisset, tandem

tandem hæc addit: Tanta est huius materiæ subtilitas & altitudo, vt compendiaria interpretatione exhauriri non possit: ea desuetudo & insolentia, vt pigeat, in re ab vsu nostrorum iudiciorum remotissima, multum operæ collocare. Turpe est enim, vt inquit Catullus, difficiles habere nugas: Et stultus labor est ineptiarum. Hæc ille. Quibus non dissimilia scripsit in libello, cui titulum fecit: Prolegomena Iurisprudentiæ, in editione Lipsiensi, fol. 111.

Si ergo nobilis hæc & insignis iuris materia iampridem vrbe & orbe repulsa exulat: si præter apices & ingeniorum carnificinam nihil compendii rebuspublicis præstat: si denique talis est, vt elogiis difficilium nugarum, & stulti laboris ineptiarum exonerari merito possit: quis huius cognitioni tempus, rem omnium longe preciosissimam & studia laboris impendat? Ars longa, vita breuis. Et multa necessaria ignoramus: quia non necessaria discimus.

Missos ergo faciamus textus iuris, de substitutionum materia loquentes: abstineamus omnium interpretum, qui de hac materia aliquid memoriæ prodiderunt, lectione: & generalibus quibusdam dogmatis contenti, in alia magis necessaria, & vtilia magis inquiramus.

Verum (nisi plurimum fallor) Dn. Wesenbecius non de substitutionum materia, sed de subtilitatibus ociosis, & non necessariis, quæ in hanc à DD. cumulate inferũtur, apicibus sensit. *a* Qua de re Dn. Viglii iudicium expendendum nobis erit. Duo tituli (inquit) de vulgari & pupillari substitutione magnis præconiis ab omnibus DD. extolluntur: quum vix alius fundus sit, qui maiorem vberioremque messem reddat. Multæ enim in substitutionum materia dubiæ sunt interpretum opiniones: sæpe etiam imperiti tabelliones, qui substitutionem vnam ab alia, & verba ciuilia à prætoriis distinguere nesciunt, occasionem litium præbent. Quapropter in nulla materia plura extant DD. responsa. Nam non de lana hic caprina, vel glande legenda, sed de hæreditate & vniuerso plerunque defunctorum patrimonio agitur. Accidit tamen hic, quod in pratis fertilibus solet, quibus zizania innascuntur, quæ omni studio extirpare diligenter agricolæ solent. Quæ enim & hic erit vtilitas, si nimia & nonnunquam inani subtilitate ita rem inuoluerimus, vt percipi nequeat? &c.

a Si de tota substitutionum materia Dn. Wesenbecius sensit, nisi fallor, quæ attuli, tunc scripsit, quum iudicio nondum esset confirmato: quæ postea infinita negociorũ mole oppressus inemendata reliquit. Et similia aliis quoq; præstantibus artificib. accidisse scio.

Hæc si saluationi eorum, quæ Dn. Wesenbecius nimis generaliter scripsit, sufficiunt, sufficiant.

At si de substitutionum materia in vniuersum sensit, incircumspectior eius oratio est.

Refellitur enim (1) omnium celebrium Academiarum institutis.

Nam in omnibus celebribus totius Europæ scholis substitutionum materies disputando & legendo solenniter exponitur. Vtque idem in hac inclyta Academia fieret, Illustrissimi Electoris Saxoniæ, Domini nostri Clementissimi, peculiari ordinatione cautum est.

Omnium (2) præstantium, veterum & recentiorum, Iureconsultorum testimoniis impugnatur.

Et recte pronunciat *Viglius, titulos iuris de substitutionibus*, non ab vno aliquo, sed ab omnibus Doctoribus extolli.

Videat qui volet illorum lecturas & tractatus: ego vnum saltem & alterum testimonium adduco.

Ad *rubr. n. b.* scribunt DD. subtilem & valde vtilem esse substitutionum doctrinam. De qua Baldus solus plus quam XV. millia ducatorum honorarii nomine acceperit: idque Raphaelem Cumanum viua voce ab ipso audiuisse perhibet. *Alex. hic. ante num. Barthol. Socin. & Ias. num. 1.*

Veteres enim, qui ante Baldum iuri explicando operam dederunt, vt *Accursius, Dynus, Bartolus*, paucissima responsa dedere. At *Baldus*, quum Perusii tenue honorarium haberet, plurimum consultando ocii impendit, ne minus opulente ageret, quam virtus ipsius mereretur, vt de ipso Paulus Picus, teste Alciato, *libr. 12. παρέργ. cap. vlt.* retulit.

Et *Alber. Rosat. ibid. ante num.* Hæc materia inter omnes est, sicut mare Anglicanum, scilicet profunda, vtilis, subtilis: & per consequens, periculosa, cotidiana & vtilis, quo ad bursas Aduocatorum, sicut expertus sum in magnis hæreditatibus. Vnde potest dici mare magnum & spaciosum, in quo sunt reptilia quasi sine numero.

Quid Bolognetus noster? Hic titulus (inquit) vt exordiuntur *Alberic. Iaſ. & cæteri,* continet materiam ſubtilem, diffuſam, & variam, lucroſam tamen plus quam aliquam aliam, & propterea diligenter cognoſcendam.

Plura ex lecturis interpretum ſciens prætereo.

Addantur autem quædam illuſtrium interpretum iuris inſignia teſtimonia ex tractatibus.

Gomez. *tom. 1. cap. 3. ante num.* dicit hanc materiam eſſe altam, ſubtilem, cotidianam, & inter omnes alias obtinere primatum, ſecundum omnes DD.

Paulus Leonius in *præludiis ſubſtitutionum:* Cuncti iuris noſtri profeſſores (ait) vno ore fatentur, hanc ſubſtitutionum materiam eſſe cæterarum omnium, quæ in iure noſtro tractari poſſint, vtiliſſimam & frequentiſſimam, atque ita late patentem, vt oceano merito poſſit comparari.

Quemadmodum enim mare illud vniuerſum circuit orbem: ſic & doctrina ſubſtitutionum per vniuerſum iuris ciuilis corpus circumferri: Quum nulla fere iuris pars ſit, in qua non de ſubſtitutionibus & fideicommiſſis tractari contingat. Cuius etiam materiei frequentia ex conſiliorum ſeu reſponſorum numero coniici facile poteſt. Plura namq; in hac materia puto edita reperiri conſilia, quam in quauis alia.

Et *Alexan. Trentacinquius:* Quam vtilis, (ait) quam ampla, quamq; neceſſaria ſit ſubſtitutionum materia, ipſa rerum magiſtra experientia docet, &c. Et poſtea: eſt difficilis, & ideo vtilis. Nulla enim ſine maximo commodo datur difficultas.

Claudius Chiffletius: adeo (inquit) omnes vtilitatis numeros impleuit hæc tractatio, vt nulla ſit fœcundior, fertiliorq; in tota Iuriſprudentia, &c.

Deniq; *Zaſius* noſter in epiſtola dedicatoria commentario de ſubſtitutionibus præfixa: Tractatum (inquit) breuem quidem pro materię amplitudine, ſed vtilem & commodum (vt ſpero) in lucem emiſi: in quo tria maxime obſeruare contendi: tum vt eam materiam exemplis & declarationibus, vel vſq; ad minutiora clariſſimam redderem: tum etiam vt vehementes opinionum concertationes vel amputarē, vel conciliarem: & tandem vt reſectis ſuperfluis, quorum magna in commentariis ſylua eſt, ea docerem, quæ & vtilia eſſe, & noſtræ ſaltem Germaniæ conferre poſſent.

Plura teſtimonia in re per ſe notiſſima referre omitto.

Cotidiana experientia, qua nulla certior probatio eſt, manifeſtiſſime probat, non raro, ſed ſæpiſſime, præſertim in hæreditatibus maximis, graues incidere de ſubſtitutionibus diſputationes.

De nulla enim iuris parte tot reſponſa edita ſunt, vti omnes magno conſenſu perhibent. Minime ergo materia hæc inſolens eſt. Neque illuſtres illi iurium DD. de ideis Platonicis, aut difficilibus nugis reſponſa dederunt: non ſtulto labori ineptiarum ſeſe implicuerunt: ſed maximas de ſubſtitutionibus controuerſias in lucem ita produxerunt, vt iuſtitiæ quidem patrocinarentur: clientibus periclitantibus ſuppetias ferrent: & ſibi per virtutem immortalitatis decus conciliarent. Vt interim de præmiis nihil dicam.

Neque aliorum tantum, ſed & noſtratium plurima conſilia de ſubſtitutionum materia edita ſunt: puta venerabilium collegiorum, Heydelbergenſis, VVittebergenſis, & noſtri huius Lipſienſis: Deinde Domini Hieronymi Schurfii, Ludouici Fachſii, Modeſtini Piſtorii, Nicolai Euerhardi, & eiuſdemmet Weſenbecii. Nam & ipſe in Honoldina cauſa reſpondit, vt ex reſponſo 94. liquet.

Mihi etiam ſæpiſſime hæc inſignis materia in facti contingentia occurrit.

Et quidem in auditorio reipublicæ Brunſuicenſis, ſcio ante paucos annos, duos difficilimos caſus ſubſtitutionum fuiſſe diſputatos.

Pluries etiam de hac materia conſultus reſpondi. Et ante annum quidem grauis cauſa ad me, ex inferiore Saxonia delata fuit, vbi pater in hæreditariis bonis *filias* filio ſubſtituerat, ſi is ſine prole maſculina decederet: & quæſtio erat de effectu illius ſubſtitutionis.

Deinde extat etiam in Conſtitut. Saxon. *part. 3. tit. 8.* locus huc pertinens, vbi quęſtio deciditur: Ob die Mutter von ihrer Kinder ſucceſſion, durch deß Vatters außtrückliche Verordnung / oder auch ſonſten ex natura ſubſtitutionis, gantz vnd gar könne außgeſchloſſen werden.

Super qua conſtitutione doctiſſimæ noſtrorum & VVittebergenſium diſputationes

nes habitæ sunt, quæ omnium manibus teruntur. In illis diserta habetur asseueratio, quod sæpe casus substitutionum eueniant. Ita enim verba ibi habent: Dieser Fall trägt sich offtmals zu / daß ein Vatter / der Kinder hat / ein Testament macht / darinnen er die Kinder zu Erben einsetzt/legirt oder vermacht der Frawen jhren gebührenden Theil / vnd substituirt darnach sein Kinder / also / wann eins von denselben nach seinem Tod verstürbe/daß desselben Antheil nicht auff der Kinder Mutter / sonder auff sein andere Geschwistert verfallen solte / Oder aber die substitutio geschicht simpliciter, non facta matris exclusione, hiemit wird der Mutter jhr Recht/das sie iure Saxonico hat/(dann sie erbet sonsten iure Saxonico solche Kinder theil allein)enzogen/auch also/daß sie auch dißfalls die legitimam nicht haben kan/ꝛc.

Et licet hic casus, de quo nemo dextre iudicare potest, nisi vniuersam substitutionum materiam probe exploratam habeat, hodie ex præcitata constitutione Saxonica suam in hac prouincia decisionē habeat: Tamen meminerimus nos iura communia interpretari: & si vnus aliquis casus ex iure prouinciali certam habeat definitionem, non tamen proinde cætera omnia aut in hoc Electoratu, aut alibi expedita esse.

Iura igitur communia nobis erunt diligenter & studiose cognoscenda. Tum (1) quod in hac prouincia omnes hærere non possimus. Tum (2) quod Collegia iuridica huius Ducatus & Electoratus non tantum subditorum Illustrissimi Electoris nostri, sed etiam aliorum negocia definiant, vbi non quid Constitutionibus Saxonicis, sed quid iuri communi sit consentaneum, spectandum erit.

Quum ergo (1) scholarum omnium laudabilibus institutis & Constitutionibus Saxonicis, (2) omnium interpretum consensione summa, (3) & per experientiam de vtilitate materiæ nostræ liqueat: ea, quæ minus forsan circumspecte à Domino Wesenbecio contra communem omnium tam veterum, quam recentium consensionem summam & contra experientiam communem scripta sunt, iuniores sibi haudquaquam obstare patientur, quo minus animo magno & indefesso studium huius nobilissimæ & vtilissimæ materiæ capessant. Id si fecerint, nihil de fructu laborum amplissimo dubitabunt. Semper animo secum circumferant illud Senecæ: *Non te moueat præceptorum authoritas: sed quis te meliori foueat ratione attendito.*

Qui autem vmbram potius, quam corpus verum materiæ huius consectari voluerint, illi hoc suo faciant periculo. Certissime enim futurum est, vt olim suæ inertiæ pœnas dent.

AD TIT. DIG. DE VVLGARI ET Pupillari substitutione.

1 *Continuatio rubr.* de vulg. & pupill. substitut. *ad tit.* præced.

2 *Alciati testimonium de vtilitate doctrinæ substitutionum.*

3 *Cur substitutiones sint introductæ.*

4 *Quo iure substitutiones sint introductæ.*

5 *Substitutionis vox in genere & specie capitur.*

6 *Quid discriminis sit inter substitutionem, repetitionem, restitutionem, conditionalem institutionem, & adiectionem.*

7 *Conciliatio rubr. hic cum rubr.* C. de impub. & al. substitut.

Nihil refert pupillarisne an impuberis substitutio dicatur.

Rubr. nostra accipienda de substitutione hæredis.

8 *Quid sit substitutio.*

Si filium compendiose solum hæredi substitutus sit, num testamentum sustineatur.

9 *Obiectiones ad definitionem substitutionis.*

Datur secunda institutio, quæ non est substitutio: & econtra datur substitutio, quæ non est secunda institutio.

L. si quis ita. 82. supr. tit. prox. de hęred. instit. *exposita: & num. 85.*

10 *Legata relicta ab instituto, à substituto ex voluntate testatoris intelliguntur repetita. num. 93. 103.*

L. licet Imperator. 74. infr. legat. 1. & L. quærebatur 20. §. fin. infr. testam. milit. *declarata.*

Aretinus Bartholomæi Socini præceptor, & Iurisconsultorum ætatis suæ princeps.

In pupillari quoque substitutione legata à substituto repetita intelliguntur.

An in militari substitutione legata à substituto repetita intelligantur.

11 *Etiam exhæredato substitui potest.*

L. 1. §. 1. L. sed si plures 10. §. ad substitutos. infr. hoc t. L. ita tamen. 27. §. à patre. infr. ad SC. Trebel. L. fin. in pr.

infr. legat. 3. & §. non solum. Institut. pupill. substit. *declarantur.*

Impubes doli capax, & pubertati proximus capitali pœna affici & exhæredari potest.

12 *Loriotus Accursii definitionem repudiat.*

Gradus testamentarius quid sit: Quid etiam gradus personæ vel hæredum.

13 *Textus* in pr. Inst. vulg. substit. *expositus.*

14 *Substitutio, quæ exhæredato filio fit, improprie substitutio dicitur.*

15 *Substitutio, quæ, emancipato filio, à milite fieri potest, abusiua est substitutio.*

Substitutio, qua quis sibi ipsi substituitur, est impropria substitutio.

L. sed si plures. 10. §. fin. & L. fin. §. Titius. hoc tit. n. *declarata.*

16 *Diuisiones variæ substitutionum à DD. referuntur.*

Substitutionum quædam est directa, quædam obliqua.

17 *Fideicommissum proprie & recte substitutio dicitur.*

18 *Vtrum in statuto substitutionis vox fideicommissum comprehandat.*

Vtrum vocabulo hæredis, in statuto posito, fideicommissarius comprehendatur.

19 *Quomodo directa substitutio à fideicommissaria differat.*

Directa substitutio est, cum quis recto iure substituitur: fideicommissaria, cum verbis precariis substitutio fit.

20 *Verba precaria, qua ratione dicantur.*

21 *Fideicommissarius hæredis opera eget, non substitutus.*

Substitutus succedit in tota hæreditate, fideicōmissarius succedit, detracta quarta.

22 *Legata in totum intelliguntur repetita à substituto, non à fideicommissario.*

23 *Ad substitutum iura sepulchrorum & ius patronatus Ecclesiæ pertinent, non ad fideicommissarium.*

Substitutio directa in codicillis fieri nequit, sed bene fideicommissaria.

24 *Substitutio directa in precariam mutari potest: non econtra. quod declara, vt ibi.*

25 *Conditio, si hæredi decem dederis, non potest impleri in fideicommissaria vniuersali.*

Conciliatio l. qui hæredi, 44. §. quum hæreditas. infr. condit. & demonst. cum l. is qui in potestate. 15. §. fin. inf. legat. præst.

26 *Vulgaris substitutio, adita hæreditate, exspirat: at fideicommissaria aditionem hæreditatis requirit.*

In pupillari pupillo, in fideicommissaria substitutione testatori succeditur.

27 *Pater arrogator in quarta filio pupillariter substituere potest, non per fideicommissum.*

Debitum legis est debitum necessarium.

Qui accipit debitum legis, fideicommisso onerari nequit.

Infertur ad quartam Diui Pii, ad legitimã, ad ratam statutariam, ad geradam.

28 *Fideicommissum aut est vniuersale, aut singulare.*

Fideicommissum aut expressum est, aut tacitum.

Fideicommissa tacita etiam illa dicuntur, quæ contra leges fiunt.

29 *Casus substitutionum sunt duo, species quatuor, formulæ plures.*

Reciproca & compendiosa substitutio, peculiares substitutionum species non sunt.

30 *Directa substitutio aut simplex est, aut duplex.*

Simplex substitutio est, quæ vnicam substitutionis speciem: duplex, quæ duas pluresve sub se continet formas.

31 *Simplex substitutio aut expressa est, aut tacita.*

Quando quæritur, quot substitutiones sint, glossa & DD. cum vulgari, pupillari, exemplari reciprocam atq; compendiosam coniungunt.

Glossa ad rubricam hic exposita.

Substitutiones etiam diuiduntur in puras & conditionales.

32 *Effectus substitutionum in genere qui sint.*

33 *Sedes ordinaria doctrinæ de substitutionibus in iure Canonico & ciuili.*



CVM testatores in testamentis suis, non tantum in primo gradu hęredes instituant, sed etiam in secundo: ne forte, primo hærede deficiente, moriantur intestati: & supra de hæredum institutione tractatum sit: ordo postulat, vt de institutione, quæ in secundo gradu fit, nunc dicatur. Ita hæc rubrica continuatur ad præcedẽtes, *secundum Bart. Bald. & alios, quos etiam sequuntur Bart. Socin. num. 1. Bolog. num. 21. & Duar. ad tit. n. h. in princ.* 1

Incomparabilem autem materiæ huius vtilitatem esse, celebrium per Euro- 2

Europam ſcholarum inſtituta docent: *b* omnium interpretum, veterum & recentum, elogia de hac re edita probant: deniq; coditiana experientia & ſenſus adeo ipſe, teſtes longe omnium certiſſimi, nobis vbertim cõfirmant: quum de nulla alia iuris parte plura noſtrorum reſponſa data ſint. Nos in præſentia vnius Alciati teſtimonio contenti ſimus: cuius in oratione quadam Ferrariæ habita, hæc verba ſunt: *Quot hodie in ampliſſimis Curiis controuertuntur lites, quarum cardo in aliqua ſubſtitutione conſiſtit? Solet enim non in teſtamentis ſolum, ſed in donationibus quoq;, nobiliſſimus quiſque ob nominis ſui, familiaque perpetuandæ ſtudium, ſubſtitutiones* c *potiſſimum adiicere. Quarum cognitionem & interpretandi diligentiam qui negligunt Scholaſtici, hi mihi videntur nec vtilitatem ſuam ſatis agnoſcere, & quod dicitur, extra oleas & repagula deferri.* Hæc ille. Quibus alia noſtrorum teſtimonia hic, & ex prælu-diis tractatuum, de hac materia editorum addantur.

b Nullam per Europam ſcholam celebrem mihi quiſquam monſtrabit, q̃ à iuris profeſſione hanc inſignem materiã remouerit.

c Dici non poteſt, quanta ſit ſubſtitutionũ vtilitas: præſertim ſi de liberorum bonis quæratur. Viel Kinder werden vmb das jhr/ ja vmb Leib vnnd Leben bracht / per legitimos hæredes, qui illorum fortunis inſidiantur. Ego ſcio caſum, vbi legitimi hæredes hominem quendam fatuum eſſe contenderunt, tantum hoc fine, vt miſero homini omnium bonorum adminiſtratione interdiceretur, & ipſe teſtamentum non faceret. Illi ærumnoſo homini opes cauſa omnium calamitatum fuere, quamdiu vixit. Noui autem ſimilia exempla. Talia incommoda euitari poſſunt per teſtamenta & ſubſtitutiones parentum.

3 Sunt autem ſubſtitutiones duabus de cauſis potiſſimum introductæ, propter conſeruationem ſcilicet teſtamentorum, *d* quæ, ſi inſtitutus hæres eſſe nolit aut non poſſit, concidunt: *l. vnic. in princip. C. caduc. toll.* Et vt patrimonia teſtatorum & impuberum, aut mente captorum liberorum non ab inteſtato, ſed ex teſtatoris voluntate, vel agnationis conſeruandæ ratione, vel alia de cauſa, liberius primis & ſecundis hæredibus deferantur, ſi ad illos potius, quã ad venientes ab inteſtato proximiores, bona vel ſua, vel impuberum, aut mente captorum liberorum parentes eo modo, vt iuribus noſtris cautum eſt, deuolui cupiant. *Ita DD. hic. ibi latiſſime Bolog. num. 3. vſque 21. Vigl. ad rubr. num 6 Inſtit. eod. Sfort. in prælud. ſubſtitu. quæſt. 4. ibidem Leon. num. 128. vſque ad fin. Claud. Chifflet. c. 2. Idem Leon. in materia vulgaris q. 4. num. 38. cum ſeqq.*

d Fauore teſtamentorum conſeruandorum nõ pauca in iure conſtituta sũt. Ne propter minimum lucrum hęredes recuſarẽt adire hæreditatem, & ſic teſtamenta conciderent, lata eſt lex Falcidia, introductum SC. Trebell. Pari ratione pretor edictũ propoſuit, *Si quis omiſſa cauſa teſtamenti. Chiffl. hic.*

4 Formam porro ſubſtitutionum, non minus ac inſtitutionum, *e* iuris ciuilis eſſe, inter noſtros conuenit. Originem ad ius gentium *f* referunt. *Sfort. in prælud. ſubſtitut. quæſt. 3.* dicens veriſſimam ſententiam, *Chifflet. ibid. cap. 1.* Quod rurſus in pupillari, exemplari, & directa militari limitant pleriq;. Has enim ſubſtitutionum *g* formas etiam inuentione iuris ciuilis eſſe tradunt communiter *l. 2. ibi Bart. Alex. Iaſ. & reliqui, h. tit. l. humanitatis. C. impub. & al. ſubſtitut.* §. *qua ratione. Inſtitut. pupil. ſubſtit. Guilh. Benedict. repet. c. Raynutius. verb. ſi abſque liberis moreretur. el 2. quæſt. 3. num. 19. de teſtament. Vaſq. de ſucceſſ. progreſſ. lib. 2.* §. *13. num. 5. cum ſequentib.* vbi vſum huius diſputationis docet. & §. *17. num. 5. Sfort. de ſubſtitut part. 3. quæſt. 4 part. 4. q. 3. Polit. de ſubſtit. exempl. num. 1. Leon. de pupill. ſubſtitut. num. 19. cum ſeqq. & de exemplari num. 20. Trentacinq. de ſubſtitut. part. 2. cap. 1. num. 3. & part. 3. cap. 1.* h *num. 3. Chifflet. in prælud. ſubſtit. d. c. 1. Graſſ. in tract. recept. ſent.* §. *ſubſtitutio. q. 18. & q. 39.*

e DD. idẽ ſtatuunt de ſubſtitutionib. ꝙ de inſtitutione ſeu teſtamento. Eſt autem tota teſtamentorum machina iuris ciuilis: origo autem iuris gentium.

f Hinc ſequitur, principem vel populũ non poſſe ſtatuto ſubſtitutionẽ tollere: ſed tantum eius formam immutare. *Sfort. ibid.*

g Olim ante prudentum conſuetudinem nulla fuit pupillaris, *l. 2. infr. eod. l. 2.* §. *his legibus. ſupr. orig. iur.* ſicut ante Diuum Auguſtum nulla fideicommiſſaria, §. *1. Inſtit. fideicom. hered.* & ante Iuſtinianum nulla exemplaris, *l. antepen. C. eod. tit.* niſi quatenus ſpeciali reſcripto id ius alicui princeps conceſſiſſet. *l. ex facto. infr. eod. Hæc Alciat l. 1. num. 9 h. tit. n. Vide quæ dico infr. l. 2. q. 1.*

h Vbi dicit ille, hanc diſceptationem eſſe nullius momenti, ideo ſe ſicco pede tranſire. Certe, quæſtio: vtrum ſubſtitutio ſit iuris gentium vel ciuilis, maximi momenti eſt: Vide *Sfort. in prælud. q. 3. Vaſq. d.* § *13. num. 5. & ſeqq.* Arbitror autem, authorem intelligere diſputationem, à quo authore ſit inuenta exemplaris.

De forma ſubſtitutionis inter omnes conuenit, quod iuris ciuilis ſit: de origine diſtinguunt. Nam ſubſtitutionem origine iuris gentium eſſe perhibent: quod dogma in tribus ſubſtitutionum formis limitant. Pupillarem aiunt eſſe moribus, exemplarem lege Iuſtiniani, vt militarem aliorum principum conſtitutionibus eſſe introductam.

Hæ ſunt receptæ DD. Theoricæ. Ita contractus ſunt iuris gentium: nihil tamen prohibet, quoſdam origine iuris ciuilis eſſe.

Subſtitutionis autem nomen (vt propius ad rem accedamus) quem- 5
admodum & inſtitutionis *i* πολύσημον eſt. Dicimus enim in genere ſubſtitutionem ſurrogationem, quo modo in iure noſtro vites & arbores, pecora, actiones, iudicès, tutores, procuratores in aliorum locum ſubſtitui dicuntur, *DD. ad rubr. hic. ibi Alciat. num. 7. & 8. Duaren. loco præcit. in princip. & verſic. aliud exemplum. Sfort. in prælud. ſubſtitut. quæſt. 2. Leon. ibidem numer. 61. Trentacinq. num. 4. 5. Petr. Gregor. in ſyntagm. iur. lib. 42. cap. 10. num. 2. Graſſ. d. §. ſubſtitutio. quæſt. 1.* At hic ſubſtitutio eſt ſecundi vel vlterioris gradus inſtitutio, ſic dicta, quod ſubtus, id eſt, non in prima cera, (in qua hæredis nomen ponebatur) ſed in ima, quæ ſub priore collata erat, ſcriberetur: vt ſubſtitutio quaſi ſubinſtitutio, aut ſubtus facta inſtitutio ſit. Ita *Tranq. in vita C. Iulii Cæſaris, c. 18.* Nouiſſimo (inquit) teſtamento tres inſtituit hæredes, ſororum nepotes, C. Octauium ex dodrante, & L. Pinarium & Q. Pedium ex quadrante: Reliquos in ima cera. *Alciat. lib. 4. παρέργ. cap. 6. Alciat. ad rubr. hic. num. 19. Vigl. ad rubr. num. 4. Inſtit. vulgar. ſubſtit. Sfort. in prælud. ſubſtit. q. 2. Petr. Greg. d. cap. 10. num. 2. & alii locis relatis.*

i Vtrumq; verbũ, *inſtituere* ſcilicet & *ſubſtituere*, à verbo *ſtatuere* deſcendit. *Vigl. in princ. num. 4. Inſtit. vulg. ſubſtit.* Inſtitutionis vox in genere & in ſpecie accipitur. In genere capitur pro qualibet ſerie rerũ, aut ordinatione actus ſeu diſpoſitione. Ita Solon dicitur leges inſtituiſſe, in *l. 2. in prin. ſupr. orig. iur.* populus ſine certa lege primum agere inſtituit. Ita actiones dicuntur inſtitui, id eſt, proponi, in *d. l. 2. § deinde ex his legibus. & in l. 1. ſup. interrog. act.* Ita procurator inſtituitur, id eſt, creatur, *l. procuratorib. C de procurat.* Ita dicitur canonica inſtitutio, *c. 1 de regul. iur. in 6.* In ſpecie eſt inſtitutio, diſpoſitio teſtatoris de hæreditate, qua ille ſibi ſucceſſorem ſtatuit, *Leon. in prælud ſubſtit num. 6. & ſeqq. Trentacinq. ibidem n. 5. & 6. Vacon. lib. 4. declarat. 60.* Et quando de hæreditatibus hæc vox inſtitutionis vſurpatur, ruſum in genere & in ſpecie accipitur, id quod & de aliis vocibus accidit. Vt genus habet ſub ſe inſtitutionem, quæ primi gradus eſt, & ſubſtitutionem, quæ ipſa quoque inſtitutio dicitur, ſed ſecundi gradus. Hæc nominis diſtinctio ad explicationem quæſtionis pertinet: num ſubſtitutio proprie inſtitutio ſit? De qua poſtea. Videatur *Duaren.* ad *tit. n. h. in princip. verſ. aduertendum eſt igitur, &c.*

Quid autem ſubſtitutionis vox huc pertinens, à repetitione, *k* reſtitu- 6
tione, conditionali inſtitutione & adiectione differat, tradunt *Bolognet. ad rubr. h. num. 24. Chifflet. in tract. ſubſtitut. cap. 3.*

Ad rubr. noſtram quod attinet, ea quemadmodum & rubricæ *l* Inſti- 7
tutionum, de vulgari tantum atque pupillari ſubſtitutione mentionem faciunt: At plenior C. inſcriptio eſſe videtur, de impuber. & alior. ſubſtitut. Et licet alii alia pro conciliatione *m* dicant, hæc tamen ſententia expeditiſſima videtur: quod ad duos caſus vulgaris & pupillaris ſubſtitutionis, non aditæ ſcilicet & aditæ hæreditatis, omnes aliæ ſubſtitutiones reducantur. Hoc ſentire poſt antiquiores *Bald. hic. ibi Caſtr. num. 1. Barthol. Socin. num. 1. Iaſ. num. 4. & 5. & reliqui, & Cuiac. in paratit. h.*

Nihil autem refert, *n* vtrum impuberis, an pupillarem ſubſtitutionem dicas. Nam etſi pupillus ſit, qui per mortem, aut emancipationem, in poteſtate eſſe deſiit. *l. pupillus. 237. in princip. infr. verb. ſignif.* cui pupillariter ſubſtitui nequit: quum ad pupillarem ſubſtitutionem patria poteſtas neceſſario requiratur: *l. 2. infr. eod. §. extraneo. Inſtitut. pupill. ſubſtitut.* Tamen quum ſubſtitutio hæc effectum habere nequeat, niſi filius patri ſuperſtes ſit, & in pupillari ætate moriatur: pupillaris nomen hæc ſubſtitutio accepit. Ita poſt alios *Bologn.* *o* *ad rubr. hic. num. 23.* Porro

k Repetitio ꝓprie eſt, quando eadem portio bis relinquitur. *l. ſicut in annos. §. hæc autem. ſupr. quib. mod. vſusfr. amitt.*

Reſtitutiones fiũt de fideicommiſſis: ſubſtitutiones à iure recto deſcendũt, & verbis directis fiunt. Inſtitutio conditionalis eſt primi gradus, ſubſtitutio ſecũdi. Subſtitutionum certi ſunt caſus, inſtitutionum conditionalium vagi & arbitrarii.

Adiectio eſt cohæredis datio. *§. ſi Inſt. de legat.* non ſubſtitutio: ideo adiecti & ſubſtituti in iure ſeparantur. videantur *DD. hic.*

l DD. noſtri duas potiſſimum circa rub. difficultates mouent: 1. Cur in *Pandectis & Inſt.* tantum de vulgari & pupil. ſubſtitut. mentio fiat: quum ſint multo plures: & proinde *rubr. C.* longe perfectior. 2. Cur in *Pandect. & Inſtit.* dicatur pupillaris ſubſtitutio: cum potius ſubſtit. impuberum dicenda eſſet.

m Bolognet. hic tres conciliationes refert, ipſe quartam addit. In ff. ad caſus, in C. ad formas ſubſtitutionum reſpectus habetur. Duo enim caſus ſunt ſubſtitutionum, ſpecies plures.

n Obiectio, quod rubr. non bene concepta ſit, de pupillari ſubſtitutione, ſed dicendum fuerit, vt in *C. de impub. ſubſt.*

o Vide Bologn. cuius eſt hæc ſententia. Magis dextre ad *d. l. pupillus.* reſpondit Sfort. *de pupill. ſubſt. q. 2.* Ego ſcio pupillũ dici illum etiam, qui adhuc ſub patris poteſtate eſt. *l. ſi ſeru. 114. § pupillus. inf. verb. obl.* Et proinde hanc ſubſtitutionem vel pupillarem, vel ſubſtitutionem impuberib. factam dici, ab ætate nimirum, de qua fieri ſolet. *Theophil. in ſuis inſtit. tit. de pupill. ſubſtitut. in prin. verſ. eſt & alia ſubſtitutio.* Hæc eſt communis expoſitio, quam ſequitur, & pulchre explicat *Pet. Greg. in ſyntagm. iur. lib. 42. c. 17.* vide quæ dico *l. 2. q. 3. infr. eod. tit.*

Porro, quod hic dicitur de vulgari & pupillari substitutione, id accipiendum de substitutione hæredis, etsi neque hoc loci, neque in rubr. Instit. & C. hæredis vox expressa fuerit, quod ex præcedentibus titulis satis intelligeretur. Neq; in iure insolens est, vt à præcedentibus titulis sequentium inscriptiones suam capiant interpretationem. quod multis exemplis *Duaren.* p *ad tit. n. h. in princ.* demonstrat.

p Duaren. hæc exẽpla habet, *rubr. de magistr. conuen. supr. rubr. de cõfess. inf rub. de pollicitat. rubr. C. verb. signif. rubr. C. de satisdat. rub. de in lit. iur.*

8 Cum autem res ipsa sine definitione Dialectica satis intelligitur, non est laborandum de definitione, vt ex Galeno refert *Duaren. ad tit. n hic in princip.* Ideoque Imper. Iustinianus & Theophilus in suis Institutionibus nullas posuere definitiones. Modestinus autem in *l. 1. hic* simplici descriptione docere voluit, qui sint instituti, qui substituti. Hæredes, inquit, aut instituti dicuntur, aut substituti. Instituti dicuntur primo gradu: substituti secundo vel tertio. Iisdem pene verbis Vlpianus, à Duareno relatus, in *Institut. tit. qui hæred. instit. poss.* vtitur. Ait enim hæredes institutos dici in primo gradu: substitutos in secundo, vel sequentibus. Caius autem, *de quo Alciat. ad rubr. h. in princ. & Vigl. ad rubr. Instit. vulg substitut. num. 3. atque Duaren. mentionem faciunt, lib. 2. Institut. tit. 5. in princ.* Substitutio, inquit, est, quæ post institutionem fieri à testatore solet, id est, secundi gradus hæredis appellatio. Cum quibus omnibus & Accursii descriptio ad *rubr. h.* substitutionem secundam institutionem esse dicentis, dextre, id est, de secundi gradus hæredis institutione intellecta, congruit, iam olim communiter, & magis communiter, hodieque à recentioribus doctissimis Iureconsultis, Alciato, Duareno, Viglio, & plerisque aliis comprobata. *DD. ad rubr. h. & l. 1. infr. eod. DD. ad rubr. & l. precibus. C. eod. DD. ad rubr. Institut. vulg. substit. Leon. in prælud. substitut. num. 2. & seqq. Trentacinqu. num. 2. Grass. d. § substitutio. q. 1.* etsi eam improbent *Loriot. in apicib. tit. de substitut axiom. 1. & seq* quem sequitur *Couarru. d. c. Raynutius. § 4. nu. 1. Sfort. in suo tract. in prælud. q. 1. opposit. 5. & vlt. Fumaus in tract. substitut: in princ. Petr. Gregor. d. cap. 10. num. 2 Claud. Chiffl. de substit. cap. 4.*

Est ergo substitutio ex Caii sententia appellatio hæredis, id est, institutio, vt Accursius & communiter DD. loquuntur. Omnis enim substitutio institutio est. Hinc institutionis nomen pro substitutione vsurpatur. *l. si pater impuberis. 25. infr. h. tit. n.* Et nihil interest, *q* quo gradu is, qui hæredem instituere tenetur, id faciat. *l. mulieri* r *20. in fin. infr. condit. instit.* Atq; hæc vera DD. sententia *s* est, etsi communis in contrarium sit, vt testatus est *Alex. Trentacinq. in prælud. substitut. num. 13.*

q Nisi quis primo gradu instituere teneatur, vt pater liberos. Et sic loquor de institutione nõ restricta ad gradũ, sed indistincte accepta.

r Hunc textum inducunt *Duarenus & Trentacinqu. in locis infra citatis.* Ego te institui hæredem sub conditione, si me institueris. Quia enim dubito, an me institueris hæredem, addo hanc conditionem institutioni: si me hæredem institueris. Tu Titium instituisti, & ei me substituisti. Quæritur, an dicatur existere conditio? Iureconsultus ait, conditionem extitisse videri. Hoc argumento probatur, appellatione institutionis proprie significari substitutionem. Nam in conditionibus maxime seruatur verborum proprietas. *l. qui hæredi. 43. l. Mauius. 53. infra condit. & demonstrat.*

s Quod videlicet substitutio institutio sit.

Neque obstat, quod Modestinus *infr. in l. 1. in princ.* scripsit: Hæredes aut institutos, aut substitutos dici: institutos primo, substitutos secundo gradu. Nam recte respondent DD. quemadmodum iurisdictionis, adoptionis, cognationis, ita quoque institutionis vocabulum non speciei tantum, sed & generis instar obtinere: & in genere quidem illud duas species, institutionem & substitutionem complecti: In responso autem Modestini institutionem in specie accipi, & substitutioni tanquam speciem diuersam opponi. *Alciat. ad rubr. h. nu. 9. & Duar. ad tit. n. h. ad princ. Trentacinq.*

in præl ud. substitut. num. 13. vsque 19. Chifflet. de substitut. cap. 4. Graff. d. §. substitutio. qu. 2.

Institutio est genus substitutionis. Idem vult Caius, dum dicit: substitutionem esse appellationem hæredis.

Disputant DD. Vtrum substitutio proprie dicatur institutio? Communis, quod non: Veritas, quod sic. Est quæstio Dialectica.

Genus proprie prædicatur de qualibet specie.

Fundamenta huius disputationis collegerunt *Alciat. & Trentacinq.*

Hinc porro DD. quærunt: cum institutionis vox in genere & in specie accipiatur, quomodo in dubio accipienda sit? Videatur *Duaren. hic.*

Similis disputatio DD. extat de vocabulo iurisdictionis.

Quum autem omnis substitutio institutio sit: hinc ergo aliqui tradunt: sicut ex *l. quoniam in prioribus. C. de inoff. testam.* conditio de institutionibus liberorum, quo ad legitimam reiicitur: ita idem de substitutione vulgari dicẽdum. vnde, quum filius solum compendiose substitutus esset hæredi instituto, sustineri testamentum Alexander respondit, & ex primo gradu in legitima valere. Quia compendiosa substitutio propter vulgarem, quam complectitur, pro conditionali institutione est, si scriptus non erit hæres filius esto. Igitur conditio vsq; ad legitimam reiici debet, & perinde haberi, ac si ipse quoq; primo gradu nominatus esset. Sed hanc sententiam damnat *Alciat. t ad rub. h. n. 11. post Bald.* Alciati sententiam veram arbitror. Nam *l. quoniam in prioribus.* loquitur isto casu, quando institutioni liberorum primo gradu factæ conditio adiecta est, illa reiicitur. At quando liberi primo gradu instituti non sunt, primus gradus nullus est, &c.

Addidit Caius definitioni nomen hæredis, vt substitutiones, quæ in legatis, fideicommissis, mortis causa donationibus, & tutelis fiunt, excluderet: quod & in Accursiana descriptione *u* subintelligendum est. De hæredis enim substitutione hic agitur. *Ias. hic ad rubr. num. 6 Zas. in tract. substitut. in princ.* Ideoque inepta est Vaconii cauillatio in *lib. 4. declarat. 60. num. 8.* quod descriptio Accursiana etiam Procuratoris substitutioni competat. Remota etiam est Lotioti in *apicib. iur. tit. de substitut. axiom. 3. & seqq.* & aliorum obiectio: quod in legatis & fideicommissis etiam substitutio reperiatur: *l. vt hæredibus. 51. infr. legat. 2. l. quoties. 3. C. donat. quæ sub mod.* quæ tamen institutio hæredis non sit. Neque enim hic quælibet, sed tantum hæredis substitutio definitur, vt plenius respondent *DD. hic. ibi Ias. num. 6. Bologn. numer. 28. Duar. ad tit. n. h. vers. sequitur in definitione verbum hæredis. Sfort. in prælud. q. 1. opposit. 1. ibidem Leon. num. 4. Trentacinq. num. 4.*

Differentiæ porro vicem in Caii nostri definitione, verba illa (secundi gradus) præstant. Idem *x* Accursius voluit.

Secundi *y* porro gradus hæredes, & hæredes secundos, aut secundam institutionem, non aliter accipimus, ac secundum thorum dicere solemus, omnes nuptias, quæ post primas celebrantur, siue tertiæ siue quartæ sint: & secundo genitum quocunq; matrimonio natum, qui ab vno præcedatur. Idq; clare Caius voluit, dum substitutionem esse ait, quæ post institutionem fieri à testatore soleat. Diserte hoc etiam *Accursius* scripsit *ad rub. h. ibi DD & Alciat. num. 2. Duar. ad tit. n. h. vers. superius docuimus.* communem sententiam & expositionem dicunt *Sfort. in prælud. subst. q. 1. opposit. 2. Leon. ibid. num. 17. Trentacinq. num. 7. vers. tertio.*

t Potest quidem & à vulgari tacita testamentum incipere, etsi substitutus de liberis testatoris sit, nec alias reperiatur institutus. Quod verum, si ille substitutus, mortuo fratre instituto, viuo patre nascatur. Viuo autem fratre natus, testamẽtum rumpit. *l. si pater p. num. 26. inf. eod. vide infr. num. 151. §. hoc autem mẽbrum.*

u Non tantũ Caii, sed etiam Accursii descriptionem explico. Substitutio secundũ Accursium est secũda, id est, secundi gradus institutio. Hanc reprehendunt aliqui, quod latior sit definito: quũ cõpetat etiam substitutioni procuratoris. Alii dicũt esse angustiorẽ definito: quum reperiatur substitutio, quæ non sit secũda institutio hæredis, vt est in legatis.

x Accursius nõ simpliciter sensit de institutione post primam scripta: non, inquam, respexit ad nudũ scripturæ ordinem, sed intellexit secundam institutionem de ea, quæ est secundi gradus.

y Responsio ad obiectionem. Atqui & tertio & vlterioribus gradibus substitutio fieri potest.

Contra definitionem hanc opponitur: quod substitutio etiam fieri possit tertio, quarto, vel vlteriori gradu. Ergo male Accursius dicit substitutionem secũdam institutionem. Huic obiectioni adhæret *Vacon. libr. 4. declarat. 60. num 8. Chifflet. de substitut. cap. 4.* Responsio communis est, quam attuli. Politus aliam tradit, quam conuellit *Trentacinquius.* Appellatione secundorum hæredum accipimus omnes post primos. Iuris-

con-

conſultus in *l.1.* ait: Subſtituti dicuntur, qui ſecundo vel tertio gradu inſtituti ſunt: nihil præterea addit: non dicit: qui tertio, quarto, quinto, aut vlteriori inſtituti ſunt: etſi conſtet vlteriori quoque gradu ſubſtitui poſſe. Si non peccauit Iuriſconſultus ibi, immerito in reprehenſionem vocatur *Accurſius. Ita Sfort. in loco relato.* Imo Caius tantum meminit de ſecundo gradu. Trentacinquius *loco relato. num.8. & 9.* eleganter ex hac materia infert: ſi exſtet ſtatutum vel conſuetudo, vt primo genitus ex primo matrimonio ſuccedat in batonia: quod filius primogenitus ſecundi matrimonii excludat filium primogenitum tertii matrimonii. Et ratio eſt: quia ſecundum matrimonium, habito reſpectu ad tertium, dicitur primum, & tertium dicitur ſecundum. Adducit *ibi Baldum & Salycetum. Videatur etiam Alciat. ad rubr. h. num.2.*

Ita ſtatutum loquens de muliere ad ſecunda vota tranſeunte, verificatur in ea, quæ tertio nubit. *gl. & DD. h. ibi Alciat. num.2. Trentacinq. loco relato.*

Hinc a. ſequitur, ocioſam illorum obiectionem eſſe, qui deſcriptionem Accurſianam hoc nomine in reprehenſionem vocant, ꝙ tertio quoque, quarto & vlteriori gradu ſubſtitutio fieri poſſit: qua etiam vtuntur *Vacon. d. cap.60. n.8. Chifflet. in tr. ſubſtit. cap.4.*

9 Vnde apparet, nihil definitioni obſtare obiectionem, quod ſecunda inſtitutio detur, quæ ſubſtitutio non ſit: vt, ſi duo, tres, pluresve hæredes in vno teſtamento inſtituantur, vnus poſt alium, vt *l. ex vnciis. 87. ſupr. hered. inſtitu.* quemadmodum poſt alios Accurſio obiiciunt *Fumæus in tractat. ſubſtitut. num 3. Chifflet. d. cap.4.* Secundum enim hæredem, aut ſecundam inſtitutionem non ratione ordinis ſcripturæ, sed ratione intellectus & ſucceſſionis ζ atque gradus accipimus. *l. ſi quis ita. 28. ibi gloſſ. ſupr. hered. inſtit. l.2. §. fin. infr. h. tit. n. l.2. §. defertur. infr. bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul. Ita Bolog. poſt alios ad rubr. h. num.38. Duar. ad tit. n. h. verſ. ſuperius docuimus. Sfort. in præl. ſubſtitut. q.1. oppoſ.2. verſic. ſecundo quia verba illa. & oppoſit.5. Leon. num.24. Trentacinq. num.11. verſ. quarto & vltimo.*

ζ Id eſt, vt vnus in alterius locum ſuccedat.

Sunt tamen & alia quædam iuris loca, quæ vulgo hic *a* opponi ſolent.

a Contra definitionem Caii & Accurſii, quod ſubſtitutio ſit ſecunda, id eſt, ſecundi gradus hæredis inſtitutio: obiicitur vulgatum principium, quod definitio conuertenda ſit cum definito. Hæ autem tales non ſunt. Nam datur ſecunda inſtitutio, quæ non ſit ſubſtitutio, vt in duabus obiectionibus immediate ſequentibus. Datur etiam ſubſtitutio, quæ non eſt ſecunda inſtitutio, vt in tertia obiectione ſequente. Ad quæ contraria reſpondendum, vt hic in textu per ordinem dicitur.

Primo namque obiicitur *l. ſi quis ita 82. ſupr. de hæred. inſtit.* vbi ſecundus ſucceſſionis gradus ſtatuitur: & tamen ſubſtitutio non eſt.

Vera autem reſponſio eſt, ſi quis ita hæres inſtituatur, ſi legitimus hæres vendicare nolit hæreditatem meam, legitimum hæredem neque tacite, neque expreſſe inſtitutum, & quod huius conſequens eſt, illum alterum haudquaquam ſubſtitutum, ſed primo potius gradu inſtitutum dici, ſub illa conditione, ac ſi dictum eſſet: ſi nauis ex Aſia venerit: & quod IC. addit, deficere conditionem teſtamenti, legitimo hæreditatem vendicante, ea conditio ad inſtitutionem pertinere intelligenda eſt, non ad ſubſtitutionem. Et licet de hoc textu magna controuerſia ſit: Tamen hæc ſententia probabilior eſt. *Duaren. ad tit. n. hic. verſic. deinde in definitione dicimus. Zaſ. in tractat. ſubſtitut. ad princip. Leon. in præl. num 36. cum ſequentib.* vbi hanc dicit *b* veritatem, *& de vulg. ſubſtitut. num.45. Bologn. ad l. Gallus. num.125. de liber. & poſthum. quibus addantur, quæ dixi ad tit. de teſtament. ſupr. circa materiam inſtitutionis hæredum. requiſitos. §. infer 2. ſi teſtator faciat teſtamentum ſecundum conſilium Galli.*

b *Num.55.* putat hãc large ſubſtitutionẽ dici poſſe. De hoc textu etiam memini in materia teſtamentorũ. Plura ad hãc legem videantur p DD. *in l. Gallus. de lib. & poſth. Vaſq. de ſucc. progr. lib.2. §.16. n.31. Rip. in l. re cõiuncti. n.118 de legat.3 Mant. de coniect. vlt. vol. lib.4. t.1. n.21. Alphan. in collect. n.667.*

10 Secundo opponitur: quod ſecunda inſtitutio detur, quæ tamen ſubſtitutio non ſit: puta, ſi quis à milite hæres ad tempus ſcriptus eſſet, & alius ex tempore, procul dubio ſecunda inſtitutio erit, ſubſtitutio *c* nõ erit.

c In ſubſtitutione intelliguntur repetita legata. At in caſu *l. quærebatur. § fin.* non intelliguntur repetita. Ergo ibi non eſt ſubſtitutio. Eſt tamen ſecunda inſtitutio. Ergo nõ omnis ſecũda inſtitutio eſt ſubſtitutio. Eſt argumentũ ex puris particularibus, nullius momenti: quod tamen multorum præſtantium Iureconſultorum ingenia fatigauit. Porro de hac ſententia, ꝙ legata relicta ab inſtituto a ſubſtituto repetita intelligantur, vide *Vaſq. de ſucc. reſol. lib.2. §.11. num.28. 29. cum multis ſeqq. vſq; n.50.* Adde quæ dico infr. *l.1. q.3. verſ. ſextum exemplum eſt, quando teſtator duplici, &c.*

Quia legata relicta ab instituto, à substituto ex voluntate testatoris repetita intelliguntur. *l. licet Imperator. 74. infr. legat. 1.* At in præcedenti facti specie posterior hæres à priore relicta legata non debet, nisi alia voluntas militis probetur. *l. quærebatur 20. §. fin. supr. de testam. milit.*

Hæc fuit originaliter obiectio Aretini ad *rubr. h.* quem *Barthol. Socin. ibi nu. 4.* præceptorem suum. & *Ias. num. 6.* ætatis suæ Iureconsultorum principem appellat. Admisit autē *Aretinus* hanc obiectionem, quod in casu *d. §. fin.* non sit substitutio: & nihilominus Accursianam descriptionem bonam esse & sufficere existimauit, si regulariter *d* procederet.

d Hæc non possunt admitti. Definitio debet conuerti cum suo definito. Et si satis esset, definitionem regulariter procedere, iam nulla inter definitionem & regulam differentia foret. Cæterum de sensu *l. omnis definitio. infr. reg. iur.* sæpe dixi, ibi definitionis nomine regulam seu decisionem intelligi ex *l. 1. infr. Reg. Caton.*

Verum hæc illius sententia defendi non potest.

Tum quod definitio conuerti debeat cum suo definito, per vulgaria.

Tum quod in casu *d. l. quærebatur. §. fin.* sit substitutio, vt apparet ex *l. miles ita. 42. in princ. milit. testam.* Vbi IC. dixit: Si miles ita scripserit: Titius vsque ad annos decem hæres esto: nemine substituto, *e* intestati causam post decem annos locum habituram. de qua sententia minime dubitandum esse scribit *Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 6. tit. 1. num. 5.*

Et licet *gl. Bald. Raph. Cuman. in d. §. fin. & Bart. d. l. licet Imperator. & Franc. Ripa ad rubr. h.* diuersum senserint: * illorum tamen rationes docte refellit *Leon. in præl ud. substitut. nu. 13. 14. & Trentacinq. f in præl ud. substitut. nu. 7.*

Aliter ergo *Barthol. Socin. ad rubr. h. nu. 7. & plenius Ias. num. 6. 7. 8. 9.* respondent: prædictam scilicet *l. licet Imperator.* de vulgari substitutione loqui, vbi ideo substitutus præstat legata: quod in defectum instituti succedat, ac proinde in locum illius subintret: ideo & onera agnoscit. Textum autem *d. §. fin.* de substitutione directa militari agere, vbi secundus non succedat in defectum primi: quum primus hæres fuerit. Idem sensit *Leon. in præl ud. substitut. num. 8. cum sequentib. ibidem Trentacinq. numer. 7.* qui ait: Iasonis sententiam *DD. omnes posteriores* sequi & *Mant. de coniectur. vlt. volunt. lib. 8. tit. 2. num. 15.*

Verum Iasonis sententiam damnat *Bologn. ad rubr. h. num. 26. 27.*

Tum (1) quod vulgariter substitutus non succedat instituto, sed testatori.

Tum (2) quod adita *g* etiam hæreditate per institutum, nihilominus legata à substituto repetita intelligantur, vt contingit in pupillari substitutione. *l. in ratione. 11. §. quod vulgo. infr. ad l. Falcid.* Ipse ergo aliter & rectius respondet, repetitionem legatorum haudquaquā de essentia *h* substitutionis esse, vt clare affirmat *d. l. licet Imper.* Nō ergo sequitur: si in *d. § fin.* legata à substituto non repetuntur, quod proinde ibi substitutio non sit.

Verum quia in *d. l. licet Imperator.* regula ponitur: quod legata regulariter à substituto repetita intelligantur: Ideo ratio diuersitatis & decidendi inter casum illius textus & *d. §. fin.* inuestiganda est.

Aliqui confugiunt ad ius militum speciale, *i* quod à iuris communis regula exorbitet. *Ita post Lancell. Polit. tradit Leon. in præl ud. substitut. num. 16.* Hinc *Vacon. lib. 4. declarat. 54. num. 2.* veram decidendi rationem ad *d. § fin.* esse censet: quod ex coniectura voluntatis legata à substituto repetita intelligantur ex legis dispositione: quum in testamētis militum nuda testatorum

e Illi, qui Aretini sententiā probant, dicūt in textu hoc, improprie substitutionem dici; vide *Chiffl. de substit. c. 4.*

* Quod IC. in *d. §. fin.* sit secunda institutio, nō substitutio. Quā opinionē nouissime etiam *Chif.* probat, *de substi. c. 4.*

f Ripa & Chifflet. hanc rationem habent: quod omnis substitutio sit conditionalis institutio. Ad hanc respōdet Leon. Est autem petitio principii. Ozerius tres alias rationes adfert, quas refellit Trentacinq.

g Id est, non tātum in vulgari substitutione, sed etiam in pupillari à substituto intelligūtur repetita legata:

h Ergo nō sequitur: Legata non intelliguntur à secundo hærede repetita. Ergo ille non est substitutus.

i Nō minus substitutum militarē ad onera legatorū teneri, atq; alium defendit *Chiffl. de substit. c. 4.* modo nō simus in casu *d. l. quærebatur.* vbi militaris volūtas est tempore definita, ita vt vnus sit scriptus ad diem, alter ex die. Contendit (inquā) ille, omnē militarē substitutū ad legata teneri, non quidem ex regula *d. l. licet Imperator.* quæ tantum ad substitutionem vulgarem pertinet, sed eo iure, quo quilibet hæres teneretur.

torum voluntas spectetur, & omnis iuris coniectura cesset. *plures in id adducit Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 6. tit. 1. num. 1.*

Sed hanc sententiam multis fundamentis damnat *Mant. d. tit. 1. nu. 6. cum multis seqq.*

Vera ergo ratio est: quod in vulgari substitutione, de qua *dict. l. licet Imperator.* agit, legata regulariter videantur repetita: quia eo fine introducta *k* fuit, vt testamenta non efficerentur caduca, sed legata, & alia à testatore disposita conseruarentur. *d. l. vnic. in princ. & §. in primo itaq. ordine. C. de caduc. tollend.*

k Chifflet. contendit in *d. §. fin.* nõ esse substitutionem proprie. Legata, inquit ille, præstari ex coniectura voluntatis testatoris, id est, in dubio. At quum instituitur hæres ex die, aut ad diem, manifesta est voluntas testatoris, distinguentis tempore hæredes. Ideoque & onera vnius ad alium pertinere velle non videtur, nisi id ex verbis manifesto colligi possit. Atque vt cohæres cohæredis onera non fert, sic nec hæres ex die, hæredis ad diem legata præstabit, argumento à re ad tempus ducto. Hæc ille.

At substitutio vulgaris locum habet ante aditam hæreditatem, & post aditam exspirat. *l. post aditam. 5. C. eod* Quando ergo hæres in primo gradu institutus non adit hæreditatem, & consequenter non præstat legata ex coniectura voluntatis, illa censentur repetita & ab eo præstari debent, qui substitutus est. Et si legata non dicerentur repetita, testamentum nõ conseruaretur. Et hac de causa constitutum fuit, quod testamentum incipiat à secundo gradu, & vt hęres secundi gradus totum testamentum obseruare cogatur. *l. 3. §. fin. de liber. & posthum.* At directa militaris substitutio locum *l* habet post aditam hæreditatem. *d. l. miles ita. in princ & l. milites. 5. de milit. testam.* Quare legata repetita à substituto non intelliguntur.

Tum (1) quod primus hæres, à quo legata relicta fuerunt, adeundo hæreditatem, ex quasi contractũ legatariis fuerit obstrictus ad legata persoluenda. *l. ex maleficiis. 4. §.* m *hæres. infr. action. & obligat. l. 3. §. fin. cum l. seq. quib. ex caus. in poss. eat. §. hæres. Institut. de obligat. quæ ex quasi contract.* Quare ea repetita à substituto non intelliguntur, nisi alia militis voluntas probetur, vt dicit *text. d. §. fin.*

l Duplex est ratio repetitionis legatorum: 1. in vulgari substitutione intelliguntur repetita ratione conseruationis testamenti: quũ hoc fine sit introducta vulgaris. At nõ conseruaretur, si legata non intelligerentur repetita. 2. In pupillari substitutione repetita intelliguntur: quia ille, qui pupillo substituitur, est pupilli hæres. Ergo merito, vt hæres pupilli onera agnoscit. At neutra ratio in casu *d. §. fin.* militat. illa enim non est introducta ratione conseruationis testamenti: neque substitutus primi hæres est.

m Omnis successio est quasi contractus. Plura dixi hac de re in materia testamentorum, statim ad principium, circa continuationem *tit. de testam.* ad præcedentes tit.

Tum (2) quod hoc casu, quando primus hæres adiuit hæreditatem, & possedit per longum tempus, secundus non substituatur, vt conseruetur testamentum, & ab eo incipiat, sed vt ei vtilitas præstetur. Ita hanc rem bene explicant *Bologn. ad rubr. h. num. 27. Duaren. ad tit. n. h. vers. ex his nascitur quæstio, an sit substitutio in hac specie. Sfort. in prælud. substitut. q. 1. opposit. 4. in fin. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 6. tit. 1. num. 17.*

Neque obstat, quod & in pupillari substitutione repetita intelligantur legata: quia id ea ratione fieri solet, quod pupillus adeundo, sese ad legata præstanda obstrinxerit: & quum substitutus sit eius hæres, *n* ex regula communi tenetur ad onera authoris sui: *d. l. in ratione. §. quod vulgo. infr. ad l. Falcid. Bologn. loco relato, nec dissentit Chifflet. de substitut. c. 4.* idem in militari substitutione extra casum *d. §. fin.* esse contendens.

n Vtrobique, id est, tam in vulgari, quã pupillari substitutione, legata repetita intelliguntur à substituto, imo & in militari, extra casum *d. §. fin.* vt contendit Chifflet. Ratio tamen diuersa est. In vulgari loquitur *dict. l. licet Imperator.* & ratio allata est. At in pupillari præstantur legata, non ex *d. l. licet Imperator.* sed ex regula iuris communia hic adducta.

Secunda obiectio contra Caii & Accursii descriptionem adfertur ex *l. quærebatur. §. fin. de milit. testam.*

Si

Si quis (inquit textus) à milite hæres ad tempus scriptus esset, alius ex tempore: Quæritur: an posterior hæres à priore relicta legata debeat? Et arbitror, hunc nō debere.

Hic (ait Aretinus) est secunda institutio: & tamen non est substitutio: quod ita probat.

Legata relicta ab hærede intelliguntur repetita à substituto. *l. licet Imperator. infr. legat. 1.*

At in casu *d. §. fin.* legata relicta ab hærede, non intelliguntur repetita.

Ergo secundo loco scriptus non est substitutus.

Et per consequens, datur secunda institutio, quæ non est substitutio. Quid ad hæc Aretinus? Concedit totum argumentum: quod in *d. §. fin.* habeatur secunda institutio, quæ tamen substitutio non sit.

Sed hoc pacto euertuntur definitiones Caii & Accursii.

Respondet ille, satis esse, si definitio regulariter procedat.

Errat *Aretinus* in duobus.

1. Quod putat in casu *d. §. fin.* esse quidem secundam institutionem, quæ substitutio non sit: quum ex *l. miles ita. infr. milit. testam.* clarissimum sit, illam secundam institutionem esse substitutionem.

2. Dum existimat, satis esse, quod definitio procedat regulariter.

Hoc enim pacto nulla inter regulam & definitionem differentia esset: & principium illud euerteretur: Quod definitio cum definito debeat conuerti.

Ad argumentum ergo Aretini DD. nostri, si quis eorum mentem probe intueatur, hoc in effectu respondere volunt: quod ex puris particularibus nil concludatur.

Propositio enim illa: Quod legata relicta ab hærede, repetita intelligantur à substituto: non vniuersalis, & necessaria, sed particularis est.

Nam si necessaria, ac proinde repetitio legatorum de essentia substitutionis esset, testator aliter disponere non posset: quum actuum essentialia pactis partium non mutentur. At aliter disponere potest.

Sed quæ est ratio, inquies, diuersitatis, quod in *d. §. fin.* repetitio legatorum non fit: quum econtra in *d. l. licet Imperator.* vtiq; fiat.

Barthol. Socin. & Ias. cum aliis existimant rationem esse: quod in *l. licet Imperator.* substitutus vulgaris succedat in defectum primi hęredis, in *§. fin.* substitutum non succedere in defectum censent.

Confunditur hæc sententia: quia & in pupillari substitutione non succeditur in defectum: & tamen substitutus legata præstat.

II. Opinio hæc est, quod legata intelligantur repeti ex iuris interpretatione: quæ in militum testamentis non obtineat.

Hæc defendi non potest.

III. Et vera sententia est, quod duplex sit ratio repetitionis legatorum.

1. In vulgari conseruatio testamenti, & proinde etiam legatorum: quum hoc fine introducta sit.

2. In pupillari surrogatio aut successio: quum substitutus pupilli hæres sit. Æquum autem est, quem agnoscere onera eius, cuius hæres est.

Neutra harum rationum militat in casu *d. §. fin.* Ibi enim secundus hæres non instituitur ratione conseruationis testamenti: neque est hæres primi.

Tertio opponitur: quod substitutio sit, vbi tamen non præcedit insti- 11
tutio, sed potius contrarium eius, id est, exhæredatio. Exhæredatis namque liberis ita substitui potest: Titius hæres meus esto: Filius exhæres esto: Si filius ante moriatur, quam in suam tutelam venerit, Sempronius ei hæres esto: Hic Sempronius substitutus dicitur. *l. 1. §. 1. l. sed si plures. 10. §. ad substitutos. h. t. n. l. ita tamen. 27. §. à patre. inf. ad Senatuscons. Trebell. l. fin. in princ. infr. legat. 3. § non solum. Instit. pupill. substitut.* *o* quæ substitutio secunda institutio perhiberi nequit.

Aliqui respondent, *p* hanc difficultatem hodie omnino cessare: quum ad

o Plura de formula, exhæredatis liberis substituendi, vide apud Brissoniū *lib. 7. formul. fol. 808. versic. substituere autem liberis, &c.*

p Sicut Alexander Magnus Gordium nodum, quum dissoluere non posset, gladio dissecuit: Ita obiectioni huic nostræ similem responsionem Leonius adhibere vult. Sed errat.

ad exhæredationem certa ingratitudinis causa necessaria sit: §. *aliud quoque capitulum. in Auth. vt cum de appellat. cognosc.* quæ in pupillum haudquaquam cadere posse videtur. *l. si quis in suo.33. §. legis.* q *C. de inoff. testam. Leon. in prælud. substitut. num. 33. Chifflet. d. cap. 4.* Quæ sententia falsa est. Nam impuberem, qui doli capax & pubertati proximus est, capitali pœna *r* affici posse constat. §. *item finitur.* s *Institut. quib. mod. tut. finit. l. excipiuntur.* t *14. infr. ad Senatusconsultum Syll. Clar. in praxi criminali, quæst. 60. numer. 1. 2. 3. Alciat. lib. 1. dispunct. cap. 17. Cuiac. lib. 6. obseruat. cap. 22.* Vt proinde ob impia facinora multo magis exhæredari possit. *Mynsing. d. §. non solum. num. 2. Institut. pupill. substitut.*

q Textus loquitur in infante.

r Aliud pœna vltimi supplicii, & aliud pœna capitalis est.

s Item, finitur tutela, si arrogati sint impuberes vel deportati. Deportari ergo impubes potest. Aquæ & ignis interdictioni successit deportatio: deportationi bannum Cæsaris, id est, in foro & curia Cæsaris. At in foro Saxonico pro deportatione vtimur relegatione perpetua cum fustigatione, quod vsus probat, & tradit *VVesenbec. in paratit. ad tit. de interdict. & releg. num. 4.*

t Ad hunc text. videatur *Iacob. Menoch. de arbitr. iudic. lib. 2. cent. 1. casu 57. Mant. lib. 6. singul. 135.*

Secundo aliqui existimant, id, quod in *textu n. h.* dicitur, substitutionem secundum vel tertium gradum facere, accipiendum de vulgari: pupillarem autem secundum gradum non constituere. *Ita Castrens. l. 1. hic. numer. 1. ibi Barthol. Socin. num. 4.* Hi propositas definitiones accipiunt de vulgari institutione.

At hęc sententia stare non potest: quum hoc pacto Caii & Accursii definitiones angustiores definito futuræ sint.

12 Tertia opinio eorum est, qui respondent, substitutionem respectu gradus, secundam institutionem esse, quasi gradus secundus hic *u* non personarum seu hæredum, sed testamenti respectu considerandus sit. Ita aliquorum sententiam refert *Loriot. de apicibus iuris tit. de substit. axiom. 2.*

u Id est, sufficit duos gradus constitui ratione testamenti: etsi non ratione personarum, quasi hic non spectandæ sint personæ, seu gradus ratione personarum hæredum.

In gradum testamentarium venit tota hæreditas: in gradum personæ vel hæredum satis est venire partem gradus testamentarii, vel alterius rei, vt, si in legato vel donatione causa mortis fiat substitutio. Gradus ergo secundus, tertius, quartus testamentarius est, quando in secũdum, tertium, quartum hæredem tota hæreditas transfertur. Gradus personæ vel hæredum est, de proximo hærede ad proximum transitus. Dicunt ergo illi, etsi isto casu, quando substitutio fit impuberi exhæredato, nulla præcedat filii institutio, & sic non fiat transitus de persona hæredis primi ad personam hæredis secundi: tamen hoc satis esse debere, quod hic secundus gradus testamenti esse videtur. Nam vt in primum gradum tota patris, ita in secundum tota filii hæreditas venit.

Verum, quum & in parte *x* testamentarii gradus substitutio fieri possit, quemadmodum & in legatis, fideicommissis atque donationibus causa mortis, vt supra annotatum est: Hinc *Loriot. loco relato, axiom. 3.* substitutionem non testamenti, sed hæredum respectu, in secundo tertiove gradu versari dicit per *textum in princip. Instit. vulg. substitut.* vbi Imperator scribit: posse testatores in suis testamentis plures gradus hæredum *y* facere: vt puta, si ille hæres non erit, ille hæres esto.

x Id est, non tantum in toto gradu, sed & in parte.

y Gradus hæredum interpretatur ille gradus personarum.

Prorsus ergo Accursianam descriptionem abiicit, *z* & aliam nobis proponit definitionem, quod substitutio sit cuiusque rei in posterioris personam collatio: *vt l. hæredibus. 51. infr. legat. 2.* quam etiam probauit *Couarru. in d. c. Raynutius. §. 4. num. 1.*

z Si dominus Loriotus Caii definitionem sciuisset, in hosce apices non incidisset.

Sed noua Lorioti doctrina tuta non est.

13 Tum (1) quod textu *in princip. Institut. vulgar. substitut.* abutatur, in quo testamenti gradus ab hæredum seu personarum gradu distingui non

non *a* potest. Plures enim hæredum gradus, ibi plures testamentorum gradus sunt: & econtra: quum in secundum & reliquos gradus tam conferatur vniuersa testatoris hæreditas atque in primum. Ideoque quum Theophilus in *suis Institut. tit. de vulg substitut. in princip.* iisdem pene verbis cum Imperatore nostro tradidisset, testatorem in suo testamento plures hæredum gradus facere posse, statim addit: gradus autem hæredum *b* dicitur, qui totum assem, hoc est, duodecim habet vncias.

Tum (2) quod pupillaris substitutio exhæredato nullo modo in parte testamentarii gradus fieri possit.

Quemadmodum enim in primum testamenti gradum tota patris, ita in secundum tota filii hæreditas, non eius pars aliqua venit. *§. non solum. ibi Vigl. & Mynsing. Instit.* c *pupill. substit.*

Tum (3) quod admissa definitione Lorioti, *d* ea tamen substitutioni exhæredato factæ, minime conueniat.

a Substitutio in secundo & tertio gradu versari potest, ratione gradus testamentarii: id est, substitutio de tota hæreditate fieri potest vt institutio. At hoc perpetuum non est in vulgari substitutione. In pupillarem autem substitutionem totam filii hæreditatem venire necesse est. Semper autem versatur, & necessario quidẽ, substitutio vulgaris in secũdo aut tertio gradu ratione hæredum aut personarum: quum à persona vnius hæredis ad alium sit descendendum substituendo. Hæc sententia vera: Sed Lorictus distinguit gradum testamenti à gradu hæredum. & hanc distinctionem vult probare ex d. textu. quod fieri non potest. Quæro: an textus iste etiam procedat in pupillari substitutione: puta, *institui filium impuberem, & ei substitui pupillariter Titium & si Titius hæres et non sit, substituo illi Caium.* Quæritur: si Titius moriatur, viuo pupillo, an Caius postea succedat pupillo, ex pupillari vel vulgari? Respon. Succedit ex pupillari, quia surrogatus in locum primi substituti. Ita *Gomez tomo 1. cap. 3. num. 10. vers. octauo infero. &c.* vbi allegat communem pro hoc DD. sententiam, & *l. quamdiu. 68. versic. is autem. insr. acquirend. hæred.* Tu omnino vide *DD. in l. quamdiu. 69. ibi Bartol.* dicentem, hanc substitutionem esse pupillarem respectu pupilli, & vulgarem respectu substituti. *insr. acquir. hæred.*

b Ecce non distinguit inter gradum hæredis & testamenti. Non ergo hæc distinguenda circa textum præcitatum. Nam ex antiquorum institutionibus suas deprompsit Iustinianus, vt ipse clare testatur.

c Dixit textus, totum pupilli patrimonium ad substitutum pertinere. Ratio: quia pupillus non decedit testatus & intestatus. Et quia huic sententiæ obstare videtur *l. miles ita. 42. §. exhæredato. de milit. testam.* consulendus erit *Vigl. & Mynsing. loco relato.* Dixi de hoc textu etiam circa definitionem testamenti, cum explicarem regulam *l. ius nostrum. insr. reg. iur. fallent. 5.*

d Etsi Lorioti sententia indistincte admitteretur, quod substitutio in secundo gradu, ratione personarum versaretur: tamen inde non sequeretur, ipsius definitionem substitutioni pupillari exhæredato factæ competituram.

Nam siue substitutionem secundam institutionem, siue cuiusque rei in posterioris personam collationem esse dixerimus: semper institutionem in genere aut specie acceptam, de iisdem bonis præexistere oportet: quum vbi nulla institutio præcedit, nulla quoq; substitutio dici possit. Atque ita textus *d. l. vt hæredibus.* loquitur, præcedentem mortis causa donationem requirens, vt illi donatario substitui, ac proinde donatio in posterioris personam conferri possit.

Verum, quando pupillo exhæredato pupillariter substituitur, nulla testatoris in bonis filii institutio præcedit.

Tum (4) quod neque testamenti, neq; hæredum, aut personæ respectu substitutio, quæ exhæredato fit, proprie in secundo gradu versari dicatur. Non respectu testamenti: *e* quum in secundum gradum nihil de testatoris hæreditate veniat: non respectu personarum aut hæredum: Quia vt substitutio ad institutionem, ita secundus testamenti gradus ad primum *f* refertur. Quare nunquam secundus gradus aut substitutio, nisi eorundem bonorum respectu dici potest.

Quarto alii respondent, etsi alia pupillaris, & alia patris hæreditas sit: tamen propter vtriusq; coniunctionem, imo propter identitatem (quum ratione causæ efficientis *g* & solennium, patris & filii vnum testamentum sit, *§. igitur. Instit. pupill. substit. Trentacinq. de substitut. part. 2. c. 3. num. 3.*) satis posse pupillarem substitutionem secundum gradum dici.

e Siue de testamẽtario, siue de personæ gradu q̃ratur, semper eadem bona requirũtur. Vbi diuersa bona sunt, ibi omnis de gradibus disputatio cessat.

f Id est, hæc sunt relatiua.

g Ex hisce verbis patet, in hoc argumento admitti fallaciam à dicto secundũ quid, ad dictum simpliciter. Patris & filii exhæredati vnum testamentum, 1. quo ad causam efficiẽtem; 2. & formalem: 3. non ratione materiæ circa quam, vt idem habeatur patris & filii patrimonium, quod necessarium est ad substitutionem. Tum enim substitutio dicitur, quando in institutionem & substitutionem eadem bona veniunt. Non est vna hæreditas, neque vniuntur hæreditates illæ, exhæredato filio, sed filio instituto vtrique vniuntur.

Pri-

Primo enim patrem sibi hæredem facere: at filio secundo loco substitutum statuere: Vnde & secundæ tabulæ dicantur, *Alciat. ad rubr. h. num. 3.* & hanc responsionem communiter *Leon. in prælud. substitut. num. 27.* & vulgo adferri testati sunt *Duaren. ad tit. n. h. versic. alia quæstio est. Sfort. in prælud. substitut. q. 1. opposit. 3.*

Horum opinio eo tendit, quod substitutionem exhæredato factam, vel improprie atq; generaliter secundam institutionem dici satis sit.

Addunt aliqui *h* pro huius responsionis comprobatione, filio instituto, pupillarem dici substitutionem, etiam pupillarium bonorum respectu etsi in illis bonis pupillaribus nulla institutio præcesserit: *i* Cui porro consectarium sit, vt substitutio dicatur, quamuis institutio & substitutio non de eadem hæreditate fiant, *Sfort. loc relato.* Ergo etsi substituere, quum alias tum hic quoque, sit in locum alterius surrogari: tamen ad hoc, vt substitutio dicatur, non semper necessariam esse talem surrogationem, *k* vt secundus hęres in locum & ius primi alterius hęredis, & sic eorundem quoque bonorum respectu substituatur: quum substitutionem quoquo modo subtus factam esse sufficiat.

Verum ne hæc quidem responsio satis facit.

h Hoc dicunt, substitutionẽ dici, etsi institutio non sit facta de illis bonis, de quibus est substitutio.

i Recte, quia tunc eadem bona, id est, paterna, in institutionem & substitutionem veniunt: & testamẽtum vnum dicitur etiã ratione hæreditatum: quia in substitutione bona filii veniunt iure accessionis. Quod non est, filio exhæredato. Neque nouum est, vt substitutio plenior sit institutione. *l. sed si plures §. fin. & l. fin. §. Titius. infr. h. t. n.*

k Substitutio dicitur quasi subtus facta institutio. Ergo hoc ad substitutionem sufficere videtur, vt secundus hæres quoquo modo substituatur primo. Non est necesse, vt eiusdem hæreditatis respectu substitutio fiat. Regulariter tamen in ius & locum primi hæredis secundus surrogatur, nisi in duobus casibus. 1. in materia pupillaris exhæredato factæ. 2. in fideicommiss. substitutione. Nisi sit substitutio de iisdem bonis, de quibus institutio proprie substitutio dici non potest.

Secunda namque institutio omnino intelligenda est respectu eorundem bonorum, id est, necesse est, vt bona, quæ veniunt in institutionem in totum aut pro parte, etiam veniant in substitutionem. Nam si vnus sit institutus in bonis meis, alter in tuis tantum, non etiam in meis: nequaquam prima & secunda institutio dicetur: sed vtraque prima erit. *Leon. in prælud. substitut. num. 27. Duaren. loco relato.* Et constat in pupillari substitutione, filio instituto, vtrobique ad eadem bona, id est, ad paterna respectum haberi: in pupillarem autem substitutionem filii bona iure cuiusdam accessionis venire: quum pupillare testamentum sequela testamenti paterni sit. *l* *§. liberis. Institut. pupill. substitut.* & substitutionem ipsa institutione pinguiorem esse nihil impediat: si modo bona, quæ in institutionem veniunt, in substitutionem quoq; veniant, *l. sed si plures. 10. §. fin. l. fi. inf. eod. tit.* Quod de ista facti specie, quando filio exhæredato pupillariter substituitur, dici nequaquam potest.

l Ergo testamentũ tunc vnum ratione 1. efficientis, 2. formalis, 3. materiæ circa quam.

14 Melius ergo & perspicue respondendum, eam, quæ exhæredato fit, substitutionem quidem dici (quum propter testamenti paterni & tabularum pupillarium coniunctionem aut vnitatem potius, in eodem testamento post institutionem primam subtus, hoc est, in secundis tabulis statuatur, *Alciat. d. rubr. hic*) at improprie. Nos veram & propriam substitutionem quærimus. Quæ quum vox relatiua sit, institutioni respondet, non exhæredationi: quum quasi subinstitutio, aut subtus facta institutio, id est, secunda, aut secundi gradus institutio dicatur, habito respectu ad primam, cui hæc eiusdem hæreditatis nomine surrogatur. Nam diuersarum hæreditatum proprie substitutio non est, vt si filio exhæredato substituatur. At instituto filio, in pupillarem quoque substitutionem eadem bona, id est, paterna veniunt. Vt proinde propria hæc substitutio sit, etsi

accessionis quodam iure substituto pupillaria quoque bona accedunt. Et hanc responsionem sensit *Duar. ad tit. n. h. vers. alia quæstio est.* sequitur *Chiffl. d. cap. 4.*

Dicitur ergo hæc pupillaris, quæ exhæredato fit, substitutio abusiue & improprie, sicut & quæ emancipato filio à milite fieri potest: *l. miles. 42.* §. m *miles & emancipato. de milit. testam.* & illa, qua quis sibi ipsi substituitur. Nam etsi talis substitutio vtilis sit, si causa institutionis mutetur: puta, quia institutio conditionalis, & conditio deficit, substitutio pura, vel quia in maiori parte substitutus est quam institutus: *d. l. sed si plures. 10.* § *fin. d. l. fin.* § *Titius. ibi DD. communiter. inf. h. eod. tit. l. si ita. in pr. infr. bon. poss. secund. tab. Zas. lib. 2. singul. intellect. ad d.* § *fin & d.* § *Titius. Duar. ad tit. n. h. rubr. de effectu vulgaris substitutionis. vers. ex hisce nascitur quæstio, si idem sibi substitutus sit.* Tamen quum proprie dicta substitutio, vt ex descriptionibus Modestini, Vlpiani, Caii liquet, secundi aut vlterioris gradus hæredis appellatio sit: vbi autem quis sibi ipsi substituitur, vnus gradus dicatur, etsi causa institutionis mutata sit: *d.* § *fin.* Hinc ergo certo concluditur, eiusmedi dispositionem testatorum improprie substitutionem dici. *Chifflet. d. c. 4.* 15

m § ille alias incipit, Exhæredato. Videatur *Vigl. & Mynsinger. in* § *non solum. Instit. pupill. substitut.* Substitutio pupillaris requirit patriam potestatem.

Text. *d.* § *fin. & d. l. fi.* § *Titius.* habent materiam, quæ vulgo difficilis reputatur. *Ias. ad d.* § *Titius.* ita scribit: iste §. est multum difficilis, & primo aspectu videtur valde horribilis. Videndus autem erit pro explicatione *Duaren. ad tit. n. h. sub rubr. de effectu vulgaris substitutionis. versi. ex hisce nascitur quæstio, si idem sibi substitutus sit. Zas. lib. 2. intellect. singul. ad d.* § *fin. & ad d.* § *Titius.* de quibus peculiare caput habet.

Nemo potest institui & sibi ipsi substitui, nisi 1. causa institutionis mutetur, scilicet quod institutio sit conditionalis, & substitutio pura, vel quia maior substitutionis quam institutionis portio hæreditaria est. Quo casu etsi vtilis substitutio esse possit, vnus tamen gradus esse dicitur. 2. aut alter ex cohæredibus in suam & socii repudiantis partem substituatur. *d.* § *fin. d.* § *Titius.*

In *d.* § *fin* Iurisconsultus clare regulam tradit, cum duabus hisce exceptionibus.

Nemo (inquit) institutus & sibi substitutus, 1. sine causæ mutatione quicquam proficit. 2. Sed hoc in vno gradu. Cæterum si duo sint gradus, potest dici valere substitutionem, vt Iulianus *lib. 30.* ff. putat, &c. postea duobus exemplis rem Iurisconsultus illustrat.

Posterius exemplum tale est:

Stichus seruus & Titius sunt instituti hæredes, & ita substitutio facta: si Titius hæres non erit, tunc Stichus liber & hæres, & in eius partem esto. Hic non tantum causa mutatur: quia Stichus non tantum in suam, sed & in cohæredis portionem substituitur: sed etiam diuersæ personæ sunt. Ideo Iurisconsultus ait: duos gradus esse: atque ideo repudiante Titio, Stichum liberum & hæredem fore.

Hic casus expeditior est priore: prior casus ita habet:

Stichus seruus & Titius sunt instituti, postea substitutio ita facta: si Stichus hæres non erit, Stichus liber hæresque esto.

Hic etiam casus est *d.* § *Titius.* & nulla est diuersitas, nisi quod in *d.* § *Titius.* Stichus seruus Mæuio est legatus: quod legatum inutile est: quum vt ibi Iurisconsultus dicit: si eodem testamento & legatus sit Stichus, & libertatem acceperit, constet præualere libertatem: & si præualeat libertas, non deberi legatum.

De hoc casu simpliciter respondet Vlpianus in *d.* § *fin.* siquidem sic sit substitutus sibi, quum haberet cohæredem Titium: si Stichus hæres non erit, liber & hæres esto: non valere substitutionem. Ratio decidendi, quia 1. neque causa mutatur, vt Zasius docet, neque 2. duo gradus sunt. Scæuola autem in *d.* § *Titius.* hunc casum plenius excussit distinguendo.

n Libertas illi competit, non hæreditas. Nam non est hæres ex institutione: At substitutio inutilis est.

Quum legatum (inquit) inutile sit, ideoque seruus Stichus iussu legatarii Mæuii ex institutione facta hæreditatem adire nequeat: ideoque verum sit, Stichum hæredem non esse, ex sequentibus verbis libertatem n illi competituram: quum vnus gradus videatur: id est, si Titius cohæres adeat hæreditatem, competit seruo liber-

tas

tas ex sequentibus verbis, non tanquam ex substitutione. Quia substitutio non est, vt diserte Vlpianus pronunciat in *d.* §. *fin.* Non, inquam, est substitutio: quum vt dixi, neque causa mutetur, *o* neque duo gradus sint, sed vnus tantum. quam rationem posteriorem sensit Vlpianus in *d.* §. *fin.* satis clare & diserte expressit Scæuola, in *d.* §. *Titius.*

o Adiectio libertatis nō mutat causam. *Zas. loc. relato.*

At si Titius cohæres non adeat, erit substitutio. Quid ergo, inquit Scæuola, si non adierit Titius? Incipiet substitutione Stichus liber & hæres esse. Cur est hic substitutio? Responsio. Quia causa mutatur: *p* quia seruus in suam, & Titii portionem succedit.

p Ergo causa non tātum mutatur expresse, vt si institutus sub conditione pure substituatur: sed etiam tacite, vt hic.

Ita hic primus casus simpliciter positus in *d.* §. *fin.* distinguendus est & explicandus ex *d.* §. *Titius.* vt eleganter docet *Zas. loco relato.*

Et hæc quidem de descriptione substitutionis & iis, quæ contra eam adferri solent, sufficiant.

Multæ definitiones adferri solent: Leon. namque in suo tractatu in *prælud. num. 2.* vndecim refert.

Duarenus ad *tit. n. h.* elegantem definitionem recitat, quæ cum Caii illa & Accursiana descriptione concordat. Substitutio (inquit) est institutio hæredis in secundo vel vlteriori gradu facta.

Alia quoque descriptio præter eam, quæ huc vsq; allata est, Accursio adscribitur in *l. qui liberis. in princip. vulg. & pupill.* Hanc, improbata priore descriptione, defendit *Petr. Greg. in syntag. iur. lib. 42. c. 10. num. 2. Chiffletius autem in d. c. 4.* hanc sententiam ab Accursio neque definiendi animo prolatam, neque veram esse dicit.

Definitiones Fumæi, Lorioti, Leonii, Chiffletii non refero.

Dn. Cuiacius in *paratit. h.* Substitutio (inquit) est datio hæreditatis delatæ, vel acquisitæ alteri.

Si bona hæc definitio esset, sequeretur: ante delatam hæreditatem, substitutionem nullam dici posse: & per consequens, posthumum nepotem institutum iuxta Galli consilium substitutum non esse. Puta, in testamento ita scribitur: si filius meus, me viuo, morietur, tunc nepos ex eo, post mortem meam, in decem mensibus proximis, quibus filius moreretur, natus, hæres esto. Hic si moriatur filius, viuo testatore, id est, ante delatam hæreditatem, substitutio non erit, secundum Cuiacium, qui hanc sententiam clare defendit in *tract. 2. ad Affricanum, ad l. si mater. 33. §. fin. de vulgar. & pupill.*

Deinde si hæc Dn. Cuiacii sententia vera esset, non modo Accursiana descriptio, sed & Caii definitio hucusque defensa funditus concideret. Nam duo gradus hæredum sunt in formula Galli, primus & secundus, iuxta textum clarissimum in *l. cum in testamento. 37. hæred. instit.* Si duo sunt gradus institutionum, neq; tamen secunda est substitutio, sequitur, definitionem Caii non esse bonam: qui dixit: substitutionem esse secundi gradus hæredis appellationem.

Verum hanc Cuiacii opinionem: quod ante delatam hæreditatem substitutio non fit: tacito authoris nomine, quatuor fundamentis refellit Chiffletius *de substitut. cap. 4. ad fin.* Ex recentiorum (inquit) finitionibus vna videtur præualere, qua magnus vir statuit, substitutionem esse dationem hæreditatis delatæ vel acquisitæ: quam ideo non sequimur, quia etiam ante delatam hæreditatem locus esse potest substitutioni: puta, si post testamentum & ante mortem testatoris decesserit.

Hanc sententiam, vt dixi, quatuor fundamentis contra Cuiacium probat Chiffletius.

I. Per *l. cum ex filio. 39. §. fin. infr. eod.* & alia iura. Vnde liquido perspicitur ante delationem hæreditatis substitutionem dici, & in secundo gradu hæreditatem versari.

II. Substitutio conficitur per verba, si hæres non erit. Quæ verba (si hæres non erit) non tantum casum, (si voluerit) sed etiam alterum (si non potuerit) cum omnibus indiuiduis, & sic illum casum quoque comprehendunt, quando viuo testatore, hæres moritur. *l. cum proponas. C. hæred. instit.* Posito enim genere vniuersaliter, ponitur qualibet species.

III. Nepos posthumus, qui instituitur secundum Galli consilium, ante delatam filio hæreditatem, est substitutus. Ita *Accurs. & post eum omnes in princ. l. Gallus. de liber. & posthum.* quum in secundo gradu scriptus dicatur. *dict. l. cum in testamento. hæred. institu.*

At posita definitione substitutionis, ponitur definitum. Vbicunque enim datur secundus gradus institutionis in hæreditate, ibi substitutio datur: & econtra.

IV. Quemadmodum hæres institutus dicitur, etiamsi nunquam ei sit delata hæreditas: sic & substitutus.

Non nego tamen (inquit ille) quin proprie & magis vere sit institutus, & substitutus, delata hæreditate hæredi, aut eidem substituto.

Et hæc de substitutionis definitione sufficiant. 16

Diuisiones porro, vt & definitiones, variæ à DD. referuntur. Nos vna contenti erimus.

Tituli seu rubricæ in ff. & Institut. tantum faciunt mentionem de vulgari & pupillari substitutione. Vnde interpretes nostri contendunt, duas hasce substitut. species esse cardinales.

At rubric. in C. de impuberum & aliis substitutionibus meminit. Notetur particula Aliis: vnde colligitur, vltra pupillarem non vnam tantum, sed plures esse substitutionis formas.

In *l. 4. hoc tit.* meminit Iurisconsultus de primo & secundo casu substitut. & postea substitutionem, quam reciprocam seu vicissitudinariam, alii dipleuram vocant, tertium substitutionis genus appellat.

In *l. precibus. C. impub. & al. substit.* Imperatores de primo & secundo substitut. casu diserte meminerunt, & de substitutione compendio facta, quam vulgata exemplaria compendiosam vocant.

Ex hisce locis inter se compositis DD. varias diuisiones tradidere.

Aut respicimus (inquiunt) ad casus substitutionum, & duo tantum sunt, casus videlicet ante, & casus post aditam hæreditatem.

Ante aditam hæreditatem obtinet vulgaris, post aditam hæreditatem pupillaris. Ad hos duos casus, omnes aliæ substitutionum formæ referuntur. Ita in effectu *Bald. ad rubr. hic. ibi Ias. num. 4. & 5. & Cuiac. in paratit.*

Aut spectamus species, & erunt 4. substit. directæ, vulgaris, pupillaris, exemplaris, militaris.

Aut spectamus formulas, & erunt plures, ita in *dict. leg. 4.* reciproca tertium substitutionis genus appellatur: ita & compendiosa, vt vulgo appellatur, peculiaris formula est.

Hæc fere summa eorum est, quæ à DD. nostris circa hanc rubricam de diuisione substitutionis disputantur. Dabo autem operam, vt vna diuisione omnes hosce, siue casus, siue species, siue formulas complectar.

Substitutionum *q* quædam est directa, quædam obliqua. *Bart. ad rubr. ibi Alberic. num. 1. & 2. Imol. Barthol. Socin. num. 18 19. Bolog. num. 48. cum seqq. vbi reliqui. h. tit. n. Dec. l. in testamento. num. 2. C. testam. milit. gloss. & DD. in c. Raynut. ibi Couarr. §. 4. num. 2. extr. de testament. Duaren. ad tit. n. h. sub rubr. diuisiones substitutionum. Vigl. ad rubr. numer. 5. Institut. de vulgar. substitut. Vacon. lib. 4. declarat. 61. num. 1 Petr. Gregor. in syntagm. iur. lib. 42. cap. 11. num. 2. Zas. in tractat. substitut. ad princip. versic. nunc ad substitutionis. Sfort. in prælud. part. 1. q. 5. Leon. in prælud. num. 59. cum sequentib. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib 3. interpr. 2. dubio 1. solut. 1. 2. 3. 4. Trentacinq. in prælud. num. 20. 21. cap. 11. numer. 2. Chifflet. de substitut. c. 5. ad princ. & in fin. Giphan. de diuis. iuris. themate 49. Graff. in lib. recept. sentent. §. substitutio. q. 3.*

q Nos agimus tantum de directis substitutionibus. Sed diuisionem DD. retineo pertinentem ad directas, & ad non directas.

Vasquius de *success. progress. lib. 2. §. 11. numer. 11. & num. 17.* habet peculiarem diuisionem.

Tradit etiam *Chifflet. loco præcitato* singularem diuisionem, etsi communem & receptam diuisionem retineat. Ipsius diuisio, quæ cognitione digna est, ita habet: Substitutio aut est paganica, aut militaris. Paganica aut iure communi censetur, aut iure singulari, id est, aut omnibus conuenit, aut certis tantum personis circumscripta est, & tanquam priuilegium iis inest. Iure communi censetur vulgaris substitutio, quia & omnibus, & ab omnibus fit. Iure singulari duæ æstimandæ sunt: pupillaris, quæ

pupil-

pupillis in potestate tantum fit, & vtilis pupillaris ad illius similitudinem introducta, quam ideo interpretes exemplarem, & quasi pupillarem vocant. Militares substitutiones sunt in triplici differentia. Nam aut 1. pupillo vltra pubertatem directo substituit miles. *l. centurio. infr. h. t. n. 2.* aut eo præterito, 3. aut substituit hæredi ex die in diem, aut ex die instituto. *Hæc ille.*

Verum hæc diuisio defectiua est, nihil meminit de substitutionibus coniunctis, dipleuris, conditionalibus.

17 Nam etsi maxima DD. contentio sit, Vtrum fideicommissaria proprie substitutio sit: aliquibus hoc pernegantibus, vt *Bald. Salycet. Paul. de Castro, Dec. & DD. communiter ad rubr. ibid. Cagnol. ad l. precibus. numer. 50. C. impub. & al. substitut. Ias. ad rubr. C. institut. & substitut. Bellon. lib. 3. supput. cap. 19. Fumæus, in tractat. substit. num. 7.* Cuius opinionis fundamenta hæc in vniuersum sunt: quod substitutio à fideicommissis vbique in iure tanquam res separata, & substitutus à fideicommissario distinguatur, *l. postulante. 44. §: pen. infr. ad SC. Trebell. l. si hæres. 68. in princip. eod. tit. §. restituta. Institut. fideicom. hæred. arg. rubr. C. institut. & substitut.* vti hæc & his similia plura congesserunt *Alexand. ad rubr. h. numer. 3. cum sequentib. ibi Bart. Socin. num. 9. vsque 14. Bolognet. numer. 48. cum sequentib. Sfort. in prælud. substitut. part. 1 quæst. 5. ibidem Leon. num. 85. vsque 128. Trentacinq. num. 22. cum seqq. Chifflet. in tract. substitut. cap. 7. ad fin.*

Illustris hæc quæstio est: Vtrum appellatione substitutionis, proprie veniat fideicommissum? Communis est, quod non. Multa sunt huius negantis opinionis fundamenta: & nouem ex ordine refert *Sfortia.* Latissime in hæc inquirit *Bolognet.* Sed omnia illa argumenta duobus capitibus continentur.

I.
ITA ARGVMENTANTVR:

Substitutio est secundi aut vlterioris gradus hæredis institutio: & substitutus est, qui secundo aut vlteriori gradu hæres instituitur.

Sed fideicommissum proprie non est secundi aut vlterioris gradus hæredis institutio: Et fideicommissarius proprie non est, qui secundo aut vlteriori gradu hæres instituitur.

Ergo fideicommissum non est substitutio proprie: & fideicommissarius non est substitutus proprie.

Minor, quod fideicommissarius improprie dicatur hæres institutus, multis iuris nostri textibus probatur, in quibus fideicommissarii loco & vice hæredum esse dicuntur. *l. postulante. 44. §. penultim. infr. ad Senatusconsult. Trebellian.* vbi textus dixit: Nam & quodammodo in partem hæreditatis Senatus recipi voluit fideicommissarium, & haberi hæredis loco, pro qua parte restituta ei esset hæreditas: & in *l. si hæres. 68. in princip. eodem titulo.* Iurisconsultus ait: superioris hæredis vice fungi eum, cui fideicommissum relictum est. *§. restituta. Institut. fideicomm. hæred. §. inordinatum. in Auth. de hæreditat. & Falcid.*

Respondeo ad argumentum per distinctionem. Substitutionis vox in genere capitur, & in specie.

Substitutionis enim vox, tanquam genus quoddam generalissimum, sub se continet omnes surrogationes, de quibus in iure nostro mentio extat.

Deinde obtinet vicem generis subalterni. ita refertur ad omnia genera substitutionum, quæ fiunt in vltimis voluntatibus, siue illæ sint substitutiones vniuersales, siue particulares, vt quæ fiunt in legatis.

Postea hæc vox obtinet vicem generis, & pertinet aut ad substitutiones vniuersales. ita prædicatur de substitutione hæredis & fideicommissarii.

Subſtitutio, quo ad omnia iura.	Genus generaliſſimum.
Subſtitutiones, quæ fiunt in vltimis voluntatibus vniuerſaliter & ſingulariter.	Genus ſubalternum.
Subſtitutiones vniuerſales.	Genus.
Subſtitutio hæredis. — Subſtitutio fideicommiſſarii.	Species.

Iam ſi quæramus, an fideicommiſſum ſit ſubſtitutio hæredis? Parata reſponſio eſt, quod non. Quia vna ſpecies non prædicatur de alia. Ita loquuntur iura præcitata, quod fideicommiſſarius ſit loco & vice hæredis, id eſt, quod ſimilitudinem quandam habeat cum hærede, & hoc modo intelligendo, totũ argumentum veriſſimum eſt, quando videlicet ſubſtitutionis vocem in ſpecie accipimus.

At quando in genere eam intelligimus, & quærimus: Vtrum fideicommiſſum proprie ſubſtitutio ſit? Dicendum, quod ſic. Nam genus proprie prædicatur de qualibet ſua ſpecie.

Non ergo fideicommiſſum ſubſtitutio hæredis improprie, ſed recte & propriiſſime ſubſtitutio dicitur.

Ita hoc argumentum *DD. d. rubr. ibi Bologn. num. 55. Duaren. ad tit. n. h. verſic. hinc naſcitur quæſtio. & ſub rubr. diuiſiones ſubſtitutionum. Leon. in prælud. num. 107. cum ſeq. ibi Trentacinq. num. 22.* explicant.

II. ARGVMENTVM.

Ea, quæ in iure tanquam diuerſa diſtinguuntur, de ſe mutuo non prædicantur.

Sed fideicommiſſa in iure noſtro à ſubſtitutionibus tanquam diuerſa diſtinguuntur.

Ergo hæc de ſe mutuo non prædicantur. Et per conſequens, fideicommiſſum proprie non dicitur ſubſtitutio.

Minor probatur.

1. Nam tituli de ſubſtitutionibus non diſtinguuntur modo, ſed longo interuallo à materia fideicommiſſorum ſeparantur.

2. Adducitur *rub. C. de inſtitution. ſubſtitut. & reſtit. ſub condit. fact.* Reſtitutio ſub conditione eſt ſubſtitutio fideicomiſſaria. Hanc à ſubſtitutionibus ſeparat compilator per particulam Et, quæ inter diuerſa poni ſolet.

3. Adducitur *rubr. C. de impub. & al. ſubſtitut.* cuius rubr. hæc ſententia eſt: quod ſub illo titulo agatur non modo de pupillari, ſed & de aliis ſubſtitutionum formis. Et tamen ſub illo titulo nihil exſtat de fideicommiſſo. Ergo fideicommiſſum non eſt ſubſtitutio.

4. Allegatur *l. tutores. 40. §. hæres. ſupr. adminiſtr. tutor.* ibi diſertis verbis dicitur: hæredem, qui impuberi reſtituere debuit hæreditatem, non habere ſubſtitutum.

5. *L. recuſare 6. §. Titius. infr. ad Senatusconſult. Trebell.* ibi, ex reſtitutione magis quam ex ſubſtitutione, textus clare diſtinguit inter ſubſtitutionem & fideicommiſſum.

Reſpondeo. Ad hæc & ſimilia iura omnia, vbi fideicommiſſum & ſubſtitutio tanquam ſeparata diſtinguuntur, priorem reſponſionem repeto, quod ſubſtitutionis vox ibi in ſpecie de ſubſtitutione hæredis, aut quod idem eſt, de ſubſtitutione directa accipiatur.

Ita in rubricis *de inſtitut. & ſubſtitut. de impub. & al. ſubſtitut.* ſubſtitutionis vox de directa intelligitur. Ita etiam *d. § hæres. & d. § Titius.* loquuntur. Inde tamen haud quaquam ſequitur, quod fideicommiſſum ſubſtitutio, aut fideicommiſſarius proprie ſubſtitutus non ſit.

Tamen

Tamen ſciendum magis communem & veriorem ſententiam eſſe: ſubſtitutionem quidem hæredis ſeu directam, à fideicommiſſo, aut ſubſtitutione fideicommiſſaria, vt ſpeciem diſparatam ſeiungi, quomodo præcitata iura loquuntur: nihil tamen obſtare, quin ſubſtitutionis vox generica de fideicommiſſo proprie prædicetur, & proinde fideicommiſſum proprie ſubſtitutio dicatur. Hanc enim ſententiam amplexi ſunt *Alex. d. rubr. num. 3. cum ſeqq. ibi Barthol. Socin. num. 9. vſque 14. Alciat. num. 17. 18. 19. Bologn. num. 55. h. tit. n. Duaren. ad tit. n. h. verſic. hinc naſcitur quæſtio. & ſub rubr. diuiſiones ſubſtitutionum. Marian. Socin. Iun. conſil. 128. lib. 1.* Cui reſponſo XX. tunc temporis excellentiſſimi Doctores Italiæ ſubſcripſerunt, vt referunt *Sfort. in tract. ſubſtitut. in prælud. part. 1. quæſt. 5. Trentacinq. loco relato num. 23.* ſequitur *Vaſqu. de ſucceſſ. progreſſ. lib. 2. §. 11. num. 10. Leon. in prælud. ſubſtitut. num. 107. 108. Vacon. lib. 4. declarat. 61. numer. 7. Petr. Gregor. in ſyntagm. iur. lib. 42. cap. 28. num. 2. Graſſ. §. ſubſtitutio. quæſt. 3. num. 2. verſic. contrariam partem, quæ multis iuris noſtri textibus nititur.* Fideicommiſſum namque ſubſtitutionem appellant Papa in *cap. ſi pater. de teſtament. in 6.* & Impp. Dioclet. & Maxim. *l. cum proponas. 16. C. de pactis.* atque Iuſtinian. in *l. generaliter. 6. §. cum autem. C. de inſtitut. & ſubſtitut.* Ibi enim procul dubio Imp. de fideicommiſſo agit: & caſum illum Papiniani attingit, de quo in *l. cum auus. 101. infr. condit. & demonſtrat. & in l. cum acutiſſimi. 30. C. fideicom.* & tamen octies illam teſtatoris diſpoſitionem ſubſtitutionem appellat. quibus accedat authoritas Papiniani in *l. cum proponebatur. 66. infr. de legat. 2.* & Scæuolæ in *l. Scæuola. 76. infr. ad SC. Trebell. cum ſimilib.* & eleganter *Trentacinq. loco relato, numer. 25.* concludit: quum proprietas verborum, vel à definitione, *r* vel ab etymologia, vel ab authoritate ſumatur: Subſtitutioni autem fideicommiſſariæ etymologia & definitio ſubſtitutionis, id eſt, in genere acceptæ conueniat: & tot pręſtantium legiſlatorum & IC. authoritates concurrant: procul dubio fideicommiſſariam ſubſtitutionem proprie ſubſtitutionem dici.

r 1. Subſtitutio in genere, eſt ſecundi gradus hęredis, aut quaſi hæredis appellatio. Hæc conuenit fideicommiſſo.

2. Dicitur ſubſtitutio, quaſi ſubinſtitutio, aut ſubtus facta inſtitutio. Hæc conuenit fideicommiſſo.

3. Adſunt tot inſignes iuris textus & Iurecõſultorum authoritates.

18 Et hinc etiam pendet deciſio quæſtionum, Vtrum in legibus municipalibus appellatione ſubſtitutionis etiam ſubſtitutio fideicommiſſaria, *Leon. in prælud. ſubſtitut. numer. 114. & Trentacinq. loco relato numer. 28.* & vocabulo hæredis fideicommiſſarius veniat. *Chifflet. in tract. de ſubſtitut. c. 7. ad fin.*

Quanquam autem noſtra tractatio de directis tantum ſubſtitutionibus ſit: ita quidem vt generalis hæc diuiſio ſubſtitutionis in directam & obliquam, proprie huc non pertineat: Tamen quum omnes DD. eam propoſuerint, propter materiarum cognationem omittenda non fuit.

19 Differt autem ſubſtitutio fideicommiſſaria à directis in genere & in ſpecie.

In genere I. differunt forma. Nam directa ſubſtitutio vocatur, quum recto iure quis hæres ſubſtituitur, id eſt, iure ciuili & verbis directis, ciuilibus, legitimis, hoc modo: Titius hæres eſto: Si Titius hæres non erit, Seius hæres eſto. Fideicommiſſaria ſubſtitutio: quum quis non recto iure
20 ſubſtituitur, ſed verbis tantum precariis ei hæreditas relinquitur. Et dicuntur verba precaria, quia precatur is, qui relinquit hæreditatem, & fidei eius, quem hæredem ſcribit, committit, vt alii hæreditatem reſtituat. Non ergo relinquitur fideicõmiſſum recto iure. Quia ſi leges veteres populi Romani ſpectemus, ſummo directoque iure fideicommiſſa non valebant, neq; vllam habebant præſtandi neceſſitatem, ſed ex ſolius hæredis

fide pendebant. *Duar. ad tit. n. h. ſub. rubr. Diuiſiones ſubſtit. Chifflet. in tract. ſubſtitut. c. 6. ad princ. text. in princ. Inſtitut fideicom. hæred.*

II. Subſtitutus ſuo, non tertii miniſterio hæres fit. *l. ſi ager. 50. ſupr. rei vendic. l. cum hæredes. 24. in princ. infr. acquir. poſſ.* Fideicommiſſarius hæredis opera & reſtitutione verbali vel reali eget *l. facta. 63. l. reſtituta. 37. infr. ad SC. Treb.* Ideoque ſubſtitutio ipſo iure valet: fideicommiſſum non item. *l. quærebatur. 20. milit. teſtam.* vbi ipſo iure & per fideicommiſſum opponuntur. *Sfort. in prælud. ſubſtitut. q. 5. ad princ. Leon. num. 64. Chifflet. c. 6.* 21

III. Subſtitutus ſuccedit in tota hæreditate: At fideicommiſſario reſtitutio fit, deducta quarta Trebellianica, *vt Inſtitut. de fideicom. hæredit. & infr. ad SC. Trebell per tot. Leon. in prælud. ſubſtitu. num. 65.* Hinc fit, vt legata in totum intelligantur repetita à ſubſtituto: *l. licet Imperator. 77. inf. legat. 1.* (vt proxime circa definitionem ſubſtitutionis dixi) non etiam à fideicommiſſario. Pro rata enim ſui quadrantis tenetur hæres, ad eorum præſtationem. *§. ſed quia ſtipulationes. Inſtitut. fideicom. hæredit. Chifflet. d. c. 6.* 22

IV. Subſtitutus eſt hæres ſecundus: *l. 1. h. tit. n.* Itaq; iura ſepulchrorum ad eum pertinent. s *l. his conſequenter. 18. § ſed & cum monumentum. ſupr. fam. herciſcund.* Non ſequuntur autem fideicommiſſarium, *l. quia perinde 41. infr. ad SC. Trebell.* Sicut neq; ius patronatus Eccleſiæ, *Leon. in prælud. ſubſtitut. numer. 66. & ſeqq. Chifflet. d. c. 6.* vbi hanc communi calculo receptam dicit. 23

s Lubecæ, qui multa ſepulchra tenet, diues habetur. Ego in difficili cauſa patrocinatus ſum, vbi 1. de quaſi poſſeſſione, & 2. iure, & ſic de poſſeſſorio & petitorio ſepulturæ quærebatur.

V. Fideicommiſſaria ſubſtitutio fit in codicillis: quum & ab inteſtato fideicommiſſum relinquatur. At ſubſtitutio directa, quemadmodum & inſtitutio, in codicillis fieri nequit. *§. pen. Inſt. codicill. Chifflet. d. c. 6.* Ad quam ſententiam ea videnda erunt, quæ ad *l. hac conſultiſſima § pen. verſ. porro circa hoc ſecundum. C. de teſtam.* dicta ſunt.

VI. Subſtitutio directa in precariam mutari poteſt. *l. Scæuola. 76. infr. ad SC. Trebell. l. precibus. C. impub. & al. ſubſtitut.* At fideicommiſſio nunquam directa fit, niſi aut in militari teſtamento, *Chifflet. d. c. 6.* aut inſtitutio facta ſit verbo obliquo in teſtamento pāganico, in quo teſtator directo inſtituere poterat. Nam eiuſmodi inſtitutio directa efficitur, vbi de pagani voluntate conſtat, vt infra q. 3. §. ſeptimum exemplum. verſic. Quemadmodum enim codicilli. expoſitum eſt. 24

VII. Conditio, ſi hæredi decem t dederit, non poteſt impleri in fideicommiſſario vniuerſali. Ergo, ſi legatum relictum ſit ſub conditione, ſi detur hæredi, etiam reſtituta hæreditate, dandum eſt hæredi, vel ſubſtituto directo, non fideicommiſſario, etſi ad onus legati teneatur. *l. qui hæredi. 44. §. cum hæreditas. infr. condit. & demonſtr. Bart. in l. qui liberis §. hac verb. de vulg. & pupill. DD. in l. precibus. C. impub. & al. ſubſtitut.* Et licet contra hunc textum fortiter in deciſione atque ratione decidendi pugnare videatur textus *l. is qui in poteſtate. 15. §. fin. infr. legat. præſt.* vbi deciditur: Si, extraneo hærede inſtituto, ſub hac conditione alicui legatum ſit, ſi decem hæredi dederit, & legitimus hæres per bon. poſſ. contra tabulas, ab hærede ſcripto hæreditatem auocauerit, dandum gratia conditionis implendæ, illi bono. poſſeſſori, non ſcripto hæredi ſoluendum. Ergo eodem modo dicendum videbatur in hærede, qui hæreditatem reſtituit, non illi videlicet, ſed fideicommiſſario ſoluendum. 25

Tum (1) quod vt fideicommiſſarius u proprie hæres non eſt: ita ne quidem bonor. poſſeſſor proprie hęres perhiberi queat. *§ quos autem. Inſtitut. bonor. poſſeſſ.* Cui tamen dandum, quod gratia conditionis implendæ ſoluendum eſt.

t Relinquo tibi meam bibliothecā, ſi hæredi meo mille aureos des. Hæredem iuſſi hæreditatē reſtituere Titio fideicommiſſario. Quæritur, an ſumma mille aureorū, quam hæredi dare debes, fideicōmiſſario dare poſſis? Reſpondet Paulus: Quū hæreditas ex Trebelliano Senatusconſulto reſtituta eſt, hæredi dandum eſt, vt impleatur conditio. Nec hoc reſtituendum eſt ex cauſa fideicommiſſi.

u Bonum argumētum à bonor. poſſeſſ. ad fideicōmiſſarium: quia neuter proprie hæres eſt.

Tum

Tum (2) quod absurdum sit, vt IC. dicit in *d. §. si extraneo.* vnum, id est, scriptum hæredem commoda hæreditatis habere, & accipere illud, quod est dandum causa conditionis implendæ, alium, id est, bonorum possessorem, onera sustinere in legato præstando.

Nam respondendum: si testator sibi de hærede directo & vtili prospexerit: tunc quod de hęrede disposuit, vt illi detur, de directo esse accipiendum, maxime cum per restitutionem hæres esse non desinat, & proprie hæres sit: Ita loquitur *d. § cum hæreditas.* At si testator directum tantum fecit hæredem, & ei sub qualitate hæredis certam summam causa conditionis implendæ dari iussit, tunc si in illo qualitas hæreditaria extinguatur, & alius efficiatur hęres vtilis, ex dispositione legis, sine facto & voluntate testatoris, onus transit ad talē hæredem vtilem, cum eo emolumento, quod erat dandum hæredi. Lex enim vult, vt, qui onus sustinet, etiam commodum sentiat. *d. §. si extraneo.* Ita hanc pugnam post alios dirimit *Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 11. tit. 17. num. 17.* De quo videantur etiam *DD. in d. l. precibus. C. impub. & al. substitut. Leon. in prælud. substitut. nu. 7. Chifflet. d. c. 6.* & quædam etiam notat *Duaren. ad tit. de condict. indeb. supra. c. 4.*

26 In specie autem differt I. substitutio fideicommissaria à vulgari. Nam fideicommissaria aditionem hæreditatis factam prærequirit: quum restitutio fieri nequeat, nisi hæres sit, qui id faciat. At vulgaris, adita hæreditate, exspirat. *l. post aditam. C. eod. Chifflet. d.* x *c. 6. ad fin.*

x Ille ibi duas limitationes addit.

II. Differt à pupillari. Nam in pupillari succeditur pupillo. Ergo in eam veniunt bona patris & filii. *text. in princ. Institut. pupill. substitut.* At in fideicommissaria succeditur testatori, quemadmodum in vulgari accidit. In fideicommissis enim siue rebus restitutioni subiectis, non dicitur quis habere causam à grauato, aut succedere grauato: sed dicitur causam habere ab eo, & succedere ei, qui vt ista restitutio fieret, ab initio disposuit. *l. fin. § si vero. supr. qui pet. tut. l. si seruo fideicommissaria. 87. supr. tit. praced. l. cohæredi. 41. §. cum* y *filia. ibi textus insignis, & omnes DD. notant. infr. eod. l. vnum ex familia. 69. §. si de Falcidia. infr. legat. 2. Bart. in l. 1. numer. 5. ibi Ias. numer. 18. C. de pact. plures in id cumulat Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 8 tit. 12. numer. 31.* Ergo hic tantum veniunt bona testatoris, quemadmodum & in vulgari atque directa militari. *Leon. in prælud. substitut. numer. 69. & 70. Chifflet. d. c. 6. ad fin.*

y Si hæredem filium pater rogauerit: si impubes diem suum obierit, Titio hæreditatem suam restituere: legitimum hæredem cogendum, patris hæreditatem, &c. restituere. Ecce textum clarissimum, qui fideicommissariam hæreditatem, testatoris hęreditatem nominat. Nuper quæstio inter quosdam nobiles fuit: an in fideicōmisso, quod reliquisset pater à filio filiabus, succederetur patri, an filio? Vnd ob diß ein Vätterlicher Anfall were/ oder nicht? Quidam Doctor dixerat, es were kein Vätterlicher Anfall/ cum filius iam adiisset hæreditatem. Ego quum de eadem re interrogatus essem, respondi: illum errare, & non recte inter pupillarem & fideicommissariam substitutionem distinguere.

27 III. Iterum differt à pupillari, quia pater arrogator non modo in quarta, sed & in bonis suis & in quæsitis beneficio suo, arrogato filio pupillariter substituere potest. *l. sed si plures. 10. §. in* z *arrogato infr. eod.* At fideicommittere in quarta non potest: quia principali beneficio & constitutione Diui Pii, non iudicio testatoris eam cōsequitur. *l. si arrogator. 22. sup. adopt. l. Papinianus. 8. §. si quis impubes. de inoffic. testament. Leon. in materia pupillaris, numer. 72. Zas. in l. cohæredi. §. cum filia num. 7. vbi d. l. si arrogator. limitat. infr. eod. tit. Chifflet. d. c. 6. ad fin.*

z Videtur huic textui contradicere *l. si arrogator.* quod tantum in quarta possit fieri substitutio. Vtraque lex est Vlpiani. vide Leon.

In quarta, quam arrogatus ex bonis arrogatoris habet, pater filio pupillarem substitutionem facere potest: fideicommitere non potest.

Quæ est ratio diuersitatis?

Responsio. Pupillaris substitutio est testamentum filii & per consequens filio fauorabi-

uorabilis. At fideicommissum est onus. Is autem, qui non honoratur, onerari non potest. Ab eo, qui neque legatum, neque fideicommissum, neque hæreditatem, vel mortis causa donationes accepit, nihil per fideicommissum relinqui potest, dixit *l. ab eo. C. fideicom.*

Dicat aliquis, an non arrogatus à patre habet quartam? si habet eam à patre, profecto honoratur: si honoratur, cur non grauari fideicommisso posset?

Responsio. Quartam habet filius non iudicio patris testatoris: sed ex constitutione Diui Pii, per iura hic citata.

Si ex constitutione Diui Pii debetur: Ergo est debitum legis.

Si debitum legis, Ergo necessarium est debitum, non voluntarium. *Bart. in Auth. praterea. num. 1. ibi DD. C. vnde vir & vxor.*

Si necessarium, ergo qui illud accipit, non dicitur honorati. Nam in necessitatibus nemo dicitur liberalis. *Iaf. d. Auth. pratcrea. num. 19.*

Hinc ergo habemus elegantem theoricam: quod is, qui accipit debitum legale, fideicommisso, aut alia ratione onerari non possit.

Infer 1. ad quartam Diui Pii, vt hic.

Infer 2. ad legitimam, *DD. in Auth. praterea. l. quoniam Nouella. & l. omni modo. C. de inoffic. testamen. Bart. & DD. l. ex tribus. ibi Iaf num. 2. supr. inoffic. testament. Menoch. de præsump. lib. 4. tom. 1. præsumpt. 67. num. 25. & melius præsumptione 72. num. 2. & seq. Gabr. Roman. lib. 6. tit. de legitima concl. 1. per tot. maxime num. 10. ampl. 6.*

Infer 3. ad tertiam vel quartam, quam vxores ex bonis maritorum consequuntur, *Constitut. Saxon. part. 3. tit. 20.*

Vidi testamentum medici cuiusdam, qui vxori reliquerat ratam statutariam, & eam fideicommisso onerarat, vt post mortem suam illa bona aliis restitueret. Qua de re fuit magna contentio.

Infer 4. ad geradam. Nam est debitum legis, id est, iuris Saxonici. *Dn. Hart. Pist. lib. 1. q. 31. num. 29.* Ergo in ea mulier grauari à marito non potest.

Hunc casum nuper habui.

Decesserat quidam magni nominis vir, qui omnes filias suas iam elocauerat, præter vnam.

In testamento suo vxori nihil præter ratam statutariam reliquerat: & scripserat: quia aliis filiabus meis prouisum est de vtensilibus: vxor mea filiæ suæ quoque prouidebit.

Quærebat à me ille, qui puellam post mortem testatoris duxerat, vtrum filia à matre, an ex communi hæreditate vtensilia accipere deberet?

Ego respondi: testatorem suam viduam in gerada onerare non potuisse.

Quum enim rata statutaria & gerada essent debita legalia: & maritus vxori nil præter debitum legis reliquisset: ideoque viduam cogi non posse, vt agnosceret hac in parte iudicium defuncti.

Idem in eadem causa responderunt duæ iuridicæ Facultates.

Quædam hac de re attigi in materia testamentorum sub tit. effectus institutionis. vers. limita 2. & in l. 6. C. de testam.

Etsi autem multæ subdiuisiones fideicommissorum exstent, & *Chifflet. in libr. 2. de iure fideicomm. cap. 1. 2. 3. 7. 9. 18.* sex referat, duæ tamen præcipuæ sunt. 18

PRIMA, quod fideicommissum aut sit vniuersale, a aut singulare. *Ita sensere ad rubr. DD. hic. ibi Aretin. & Barthol. Socin. num. 19. Mantic. de coniect. vlt. volunt. libr. 7. tit. 2. num. 3. Sim. de Præt. de interpret. vlt. voluntat. libr. 3. interpret. 3. dub. 1. solut. 2. num. 1. & seqq. Giphan. in comment. diuisionum iuris, thesi 51. Chifflet. in libr. 2. de iure fideicomm. c. 3.* Differentias autem inter fideicommissa vniuersalia & singularia tradunt *Mantic. d. tit. 2. num. 5. cum seqq. late Sim. de Præt.* b *d. solut. 2. num. 3. vsque ad fin. Graff. in libr. recept. senten. §. fideicommissum. quæst. 3.*

SECVN-

a Doctores male loquuntur, dum aiunt, fideicommissum duplex esse: 1. Quando quis rogatur de tota hæreditate restituenda: 2. Quando de parte. Non enim ita recte diuisio fit, sed hoc modo: quod fideicommissū aut sit vniuersale, aut particulare. vel singulare. *Barthol. Socin. ad rubr. hic. num. 19.*

b Ille præ cæteris ample hæc tractat, & 14. differentias ex ordine recenset.

SECVNDA, quod fideicommissum aut sit expressum, aut tacitum vel subintellectum. Et quibus coniecturis tacitum fideicommissum inducatur, amplissime explicarunt *Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 7. tit. 3. cum aliquot seqq. & lib. 8. Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 3. interpr. 3. dub. 1 solut. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. Gabr. Rom. lib. 4. recept. concl. tit. de fideicommissis. concl. 9. Grass. d. § fideicommissum. q. 4. & 5.*

Sed & alio sensu tacita fideicommissa dicuntur, quę contra leges fiunt, & pœnam merentur, quando scilicet testator de bonis suis ei, qui capere potest, aliquid clam committit, aut quolibet modo tacite relinquit, vt non capaci restituat. De quo fideicommissi genere meminit *Chifflet. in lib. 2. de iure fideicommiss. c. 18. & in tract. de substit. cap. 7.*

29 Porro circa directam substitutionem spectamus aut casus, & duo sunt, ante & post aditam hæreditatem: ad quos formæ substitutionum referuntur. Ita sensere DD. communiter ad *rubr. hic. ibi Bald. Alex. & Ias. numer. 5. & Cuiac. in paratit. Petr. Gregor. in syntagm. iur. lib. 42. cap. 11. num. 10.* aut spectamus species, & erunt quatuor: Vulgaris, pupillaris, quasi pupillaris seu Iustinianea, quam exemplarem dicunt, c & militaris. Nam reciprocam & compendiosam, vti hæc appellatur, peculiares substitutionum species non esse, tradunt ad *rubr. hic* d *Bart. Socin. num. 15. 16. ibi latissime Bolog. num. 58. vsque ad fin. Duar. Ad tit. n. hic, sub rubr. directæ substitutionis species. Leon. de recipr. substit. quæst. 3. num. 6. & de compendiosa quæst. 3. num. 20. Chifflet. in tractat. substit. cap. 5.* etsi plures dissentiant, quos referunt, & partim sequuntur *Sfort. de substitut. compend. part. 3. Trentacinq. de substitut. part. 4. c. 1. num. 2. & part. 5. c. 3.* quorum sententia defendi non potest.

Nam si reciproca & compendiosa peculiares substitutionum species essent, tum de substitutionibus, quas continent, prædicarentur. & proinde, posita vulgari, pupillari, aut alia substitutionis specie, ponenda esset reciproca aut compendiosa. quod absurdum esse constat.

Aut denique formulas substitutionum spectamus, & plures substitutiones erunt, nihilque prohibebit substitutionibus reciprocam & compendiosam accenseri. Hoc sensu de tertiæ substitutionis genere meminit *l. 4. h. tit. n.* Et ita dissentientes interpretum opiniones inter se componi posse videntur.

De hisce ergo casibus, speciebus & formulis directarum substitutionum, sequens teneatur subdiuisio.

30 Directa substitutio aut simplex est, aut duplex. *l. 1. h. tit. n.* Quæ verba non ad casus vulgaris, sed ad species substitutionum diuersas sunt referenda.

Simplex ergo est, quæ vnicam substitutionis continet speciem: puta, solam vulgarem, aut solam pupillarem.

Simplex ergo est: veluti, *Lucius hæres esto: si mihi Lucius hæres non erit, tunc Seius mihi hæres esto.*

Duplex est, quæ duas pluresve sub se continet formas: puta, si ita substitutio fiat: Filius mihi hæres esto: si hæres non erit, siue hæres erit, & intra pupillares annos decesserit, tunc Caius aut Seius hæres esto. Hæc formula vulgarem & pupillarem continet, ac proinde vulgaripupillaris à Theophilo appellatur *lib. 2. tit. 16. de pupill. substitut. text. h. ibi DD. & Castr. num. 2. Ias. num. 7. Alciat. num. 2. ibidem in paratit. Cuiac. Fumæ. in suo tract substitut. nu. 11. Chifflet. in tract. de success. c. 11.* Et hoc modo reciproca atque compendiosa duplices erunt, quoties verborum generalitate separatas substitu-

c *Duaren. lib. 2. disputation. cap. 7.* DD. hoc nomine in reprehensionem vocat.

d Quod reciproca sit propria substitutionis species, id octo argumētis probat *Salyc.* quæ refert *Barth. Socin. ad rubr. hic. nu. 15. 16.* vbi ipse recte distinguit, hanc esse nouā formulam substitutionum, non nouam speciem. De eadem re octo fundamenta proponit *Bologn. loco relato*, puta, *nu. 58. & 59.* Septem opiniones veterū refert, ipse tandem, omnibus rationibus & opinionibus confutatis, in eadē cum Socino sententia, & merito quidem, acquiescit, & *num. 72.* de compēdiosa eandem sententiam defendit.

ſtitutionum formas in genere expreſſas continet. *d. l. 1. ibi DD. Petr. Greg. in ſyntagm. iur. lib. 42. c. 11. num. 11.*

Simplex porro ſubſtitutio aut expreſſa eſt, aut tacita. 31

Duplex *e* autem, quemadmodum & ſimplex, aut monopleura, vt, vulgaris, pupillaris, quaſi pupillaris, militaris, aut dipleura, vt reciproca. Nam & reciproca ſimplex eſſe *f* poteſt, ſi vnicum tantum eundemq; ſpecialem caſum vulgaris aut pupillaris ſubſtitutionis expreſſum contineat.

e Vbi omnes caſus expreſſi, nulla de tacita ſubſtitutione quæſtio eſſe poteſt.

f *Inſtituo Caium & Seium: & ſi alter hæres non erit, omnium eum ſubſtituo.* Hæc formula continet duas ſubſtitutiones, ſed vnius formæ, id eſt, vulgaris. Ergo eſt ſimplex, at dipleura.

Et licet hæc vere atque recte ita dicantur: gloſſa tamen ad *rubr. h. & ibi DD. atq; alibi communiter,* cum vulgari, pupillari, exemplari coniungunt reciprocam atque compendioſam ſubſtitutionem, idque vt recte *Caſtr. hic. num. 1.* ſcripſit, diuerſarum tractationum reſpectu: quum ſingulæ hæ ſpecies & formulæ ſuos quoſdam peculiares tractatus habeant.

Gloſſa ad *rubr. h.* Dicas, (inquit) quod quinque ſint genera ſubſtitutionum: ſcilicet, vulgaris, pupillaris, exemplaris, breuiloqua, item compendioſa, quæ fit à milite tantum, & habet naturam pupillaris & fideicommiſſariæ, vt notatur *C. eodem l. precibus.* item, eſt fideicommiſſaria, &c.

Hæc verba maximas peperere DD. contentiones. Nam etſi ſatis conſtet, ſubſtitutionem diuidi in directam & obliquam: & directæ has numerari formas atque ſpecies: vulgarem, pupillarem, exemplarem, reciprocam, compendioſam: Tamen quid Accurſius illis verbis voluerit: quod compendioſa fiat à milite tantum, non ſatis inter illos conuenit: & plus illi laborant, quo pacto Accurſius intelligendus ſit, quam vt de vero ll. ſenſu ſolliciti ſint.

I. Nam aliqui ita exponunt, quod Accurſius ſenſerit de compendioſa, quæ fiat à pagano & à milite, vt ſenſus ſit: Compendioſam interdum fieri à pagano, quæ ſcilicet ante pubertatem valeat iure directo, poſtea iure fideicommiſſi. Aliam eſſe, quæ à milite fiat tantum, & ſemper valeat iure directo, ante & poſt pubertatem: item, quando fit directo maiori, vel extraneo poſt aditam hæreditatem. *Ita Bald. ad rubr. hic. ibi Caſtren. num. 2. Alex num. 2. Iaſ. num. 10.*

Horum nimirum ſententia huc tendit, quod Accurſius omnes ſubſtitutionum formas hic referre voluerit, vulgarem, pupillarem, exemplarem, reciprocam, compendioſam, militarem.

Sed huic expoſitioni obſtat, quod 1. Accurſius allegat tantum *l. precibus. C. de impuberum & aliorum ſubſtitutio.* & nihil præterea, vbi compendioſa facta erat à milite: quam dicunt Impp. ibi valere vel vt pupillarem, vel vt fideicommiſſariam.

Ergo ex textu hoc, collato cum verbis Accurſianis, ſatis liquet, gloſſatorem tantum de compendioſa, quæ à milite fiat, eſſe loquutum.

II. Alii ergo dicunt, compendioſam factam à pagano, non eſſe propriam ſpeciem ſubſtitutionis, ſed reſolui ſemper in aliam formam: Gloſſatorem autem hic voluiſſe ponere ſpecies ſubſtitutionis. Ideoque eum tantum de illa compendioſa, quæ à milite fiat, loquutum eſſe: quum illa propria ſubſtitutionis ſpecies ſit. Ita ſenſit *Bartol. in leg. Centurio. num. 11. infr. eod.* cuius opinionem refert *Alex. h. num. 2.*

Verum hoc pacto intelligendo, Gloſſatoris doctrina defectiua erit. Nam ille non tantum ſpecies ſubſtitutionum, ſed etiam formulas referre voluit, vt patet. Quia meminit de reciproca, quæ propria ſpecies non eſt. Si ergo tantum locutus eſt de compendioſa, quatenus illa fit à milite, omiſit ergo compendioſam, quæ fit à pagano.

Deinde hæc ſententia, quod compendioſa à milite facta, peculiaris ſubſtitutionis ſpecies ſit, non modo communi DD. calculo refellitur, vt teſtatur *Sfort. in materia compendioſæ, particula 3. art. 2. verſ. contrarium tenuerunt.* Sed plane falſa eſt, vt clare affirmat & probat *Bolog. ad rubr. h. num. 73. 74.*

Præterea Gloſſator ait, compendioſam, de qua loquatur, habere vim pupillaris & fideicommiſſariæ: Non ergo loquitur de compendioſa, quatenus propria ſpecies eſt. Nam & illa, quæ à pagano fit, vim pupillaris & fideicommiſſariæ habet.

III. *Aretin. & poſt eum Bartholom. Socin. ad rubr. h. num. 18.* vtramque hanc ſententiam damnat. Et volunt illi, gloſſam hoc ſenſiſſe, quod compendioſa, quæ obliquetur poſt tem-

tempus pubertatis, fiat à milite tantum, id est, verbis directis: quum facta à pagano verbis directis post pubertatem non obliquetur.

Hæc sententia stare non potest.

1. Quia *Accursius* sese refert ad *d. l. precibus*. ex quo textu non constat, quod miles directis verbis vsus sit.

2. Falsa est hæc sententia, quod substitutio compendiosa à pagano verbis directis facta, post pubertatem non obliquetur: vt suo loco, DEO volente, explicabitur.

IV. Ergo omnium simplicissima hæc glossæ sententia est: quod Accursius omnium substitutionum formas, aut vt ipse appellat genera referre voluerit. Vnde certo certius est, quod appellatione compendiosæ complexus sit ipsum genus, quatenus scilicet compendiosa à milite & pagano fieri potest. Nam alioquin enumeratio defectiua esset.

Omnes autem casus compendiosæ referre noluit. Id enim opus non fuit, prout nec aliarum quidem substitutionum formulas retulit: sed genera attigisse illi satis fuit.

Et quod affirmat, compendiosam tantum à milite fieri, &c. id eum sensum non habet, quasi de compendiosa illa tantum, quæ à milite fieri potest, aut tam de illa, quæ à milite, quam de alia, quæ à pagano fieri potest, loquutus quidem sit: sed paganicam ita definire voluerit, quod ante pubertatem pupillaris, postea & fideicommissariæ vim habeat. Eiusmodi enim dogmata plurimum à iuris regula abhorrere constat. Sed hæc simplicissima est sententia: compendiosam esse quintum genus, & huius generis speciem & exemplum proponi in *d. l. precibus*. vbi fiat compendiosa à milite tantum, & effectum pupillaris atq; fideicommissariæ habeat.

Hæc de diuisione sufficiant.

Solet etiam diuidi substitutio in puram & conditionalem. Pura est, quæ nullam conditionem habet extrinsecus adiectam, sed eam tantum, quæ substitutioni est essentialis. Nam ea, quæ per naturam insunt, substitutionem conditionalem non faciunt. *l. conditiones 99 in princ. l. aliquando 107. infr. condit. & demonstrat.* Conditionales sunt, quæ præter conditionem, essentiam atque necessariam, habent etiam aliam accidentariam & extrinsecus assumptam, vt exemplum proponitur *l. qui liberis. 8. infr. eod. Pacius in disputat. de vulg. substit. thes. 3.*

32 Porro nouem effectus substitutionum in genere recenset *Chifflet. in tract. substit. cap. 9.* qui videri potest.

CONIVNCTIO MATERIÆ.

33 Coniungo autem cum *tit. n. h* titulum *C de impub. & al substitut.* & titulos duos *Institut. de vulg. & pupill substit.* & ex iure Pontificio *c. Raynutius. de test. in antiq. & c. si pater. de testam. in 6.*

L. 1. de vulgar. & pupill. substitut.

1 L. 1. ff hoc tit. n. *theorica est & practica. DD textum hunc quinque quæstionibus resoluunt.*

2 *Vulgaris substitutio cur ita appelletur.*

3 *Variæ definitiones vulgaris substitutionis. Alciati definitio omnium maxime erudita. Cur substitutio vulgaris in primum casum fieri dicatur.*

4 *Variæ diuisiones vulgaris substitutionis apud DD. Zasius refellitur. & num 8.*

5 *Vulgaris substitutio duas partes habet.*

6 *Verba* (si hæres non erit) *duos casus, facultatis scilicet & voluntatis deficientis comprehendunt.* L. cum proponas. 3. C. hæred. instit. *vulgo male adducitur.*

7 *Casus deficientis voluntatis simplex est. Casus impotentiæ multa sub se indiuidua habet: ideoq; multipliciter verificari potest.*

8 *In vulgari substitutione interdum vtrumq;, interdum posterius, interdum neutrum extremum exprimitur.*

9 *Vulgaris substitutio aut neutrum extremorum, aut vtrumque, aut posterius solummodo expressum habet. Substitutio vulgaris aut prorsus tacita, aut expressa est, idq; vel in genere tantum, vel aliter, puta, in specie, vel singulariter.*

10 *Prorsus tacita vulgaris quæ sit. An prorsus tacita vulgaris, præsumpta dici possit?*

11 *Exempla tacitæ vulgaris, quæ in iure habeantur, & apud DD.*

Omnino tacita vulgaris est, quæ in vnũ casum singularem facta, ad alium extenditur: sed cõmuniter hæc doctrina reiicitur.

12 *Omnino tacita est vulgaris cõtẽta sub compendiosa: sed cõmunis est in contrarium.*

L. precibus. C. impub. & aliis substitut. *expenditur. & num. 41. 164.*

Vulgaris contenta sub exemplari est prorsus tacita.

Vulgaris contenta sub fideicommissaria est tacita.

L. neque enim. 14. cum l. seq. infr. milit. testam. *exposita.*

13 L. fin. C. hæred. instit. *illustrata. & num. 15 94.*

14 L. Titius. 24. cum l. seq. sup. tit. præced. *declarata.*

15 *Si testator filium, & ex eo nepotẽ instituat, institutio ordine successiuo, ac proinde substitutio facta intelligitur.*

Si testator filium, & ex eo nepotẽ instituat, nepos per substitutionem vulgarem, non fideicommissariam vocatus intelligitur.

Vulgaris hæc qua ratione tacita esse intelligatur.

16 L. si Titio. 63. §. 1. inf. legat. 2. *singularis, exposita.*

Ius accrescendi an sit tacita substitutio.

L. quæ liberis. 8. §. hæc verba. infr. eod. *exposita.*

17 *Vulgaris, quæ sub expressa pupillari continetur, est omnino tacita.*

Illustris causa Curiana refertur. & n. 154.

Hodie nil dubitandum, quin pupillaris expressa tacitam vulgarem contineat.

Politus & Viglius contra communem frustra pugnant.

18 *Exegesis* l. 4. infr. hoc tit.

L. 4. *partitio.*

Regula l. 4. *hæc est: quod pater substituendo impuberi in alterum casum, in vtrumque substituisse intelligatur.*

Diui fratres qui sint.

Regula l. 4. *indistincte concepta, à nobis distinguenda non est.*

19 *Primum fundamentum contra Politum & Viglium depromptum ex regula* d. l. 4.

Ratio dubitandi cum rationibus decidendi ad d. l. 4. in princ.

L. commodissime. 10. supr. de liber. & posthum. *declarata.*

Limitationes duæ ad d. l. 4. in princ.

20 *Quis Diuus Pius sit, de quo textus meminit.*

Vers. quod ius. d. l. 4. *expenditur.*

21 *Vers.* q̃ ius, &c. in d. l. 4. *duplex expositio.*

Secundum argumentum contra Politum & Viglium, ex vers. quod ius.

22 In l. 4. *quatuor argumenta extant pro cõmuni opinione contra Politum & Viglium.*

23 *Tertia expositio ad* d. vers. quod ius.

Communis & recepta expositio ad d. vers. quod ius. *quæ sit.*

24 *Vers.* quod ius. *singularis.*

25 *Limitatio ad ius D. Pii de reciproca imparibus facta.*

Ratio decidendi ad limitationẽ propositam.

26 *Hæc formula, Impuberem puberi, & puberem impuberi substituo: vulgarem tantum substitutionem continet.*

27 *Vers.* hoc itaque casu. *à Baldo distinctione illustratus.*

Tertium fundamentum ex vers. hoc itaq; casu. *contra Politum & Viglium.*

Politi cauillatio ad d. vers. hoc itaque casu. *reiecta.*

Nemo se in continẽti corrigere præsumitur.

28 *Substitutio imparibus in diuersis orationibus facta, ab ea differt, quæ sub vna commemoratione facta est.*

29 *Consilium Iurisconsulti in* d. l. 4. *vt liberis imparibus diuersæ substitutiones fiant.*

30 *Ratio ad consilium Iurisconsulti.*

Quartum argumentum contra Politum & Viglium, ex vers. ita enim.

31 *Vers.* vel certe euitandæ. in d. l. 4. *expensus.*

32 *Pupillaris expressa per hæc verba* (Si hæres erit) *continet tacitam vulgarem.*

33 *Etiam pupillaris restricta ad breuius tempus continet vulgarem: quæ sententia distinctione explicatur.*

34 *Theophili sententia, quod vulgari substitutioni vno tantum in casu locus sit, si ante patrem filius decedat, exposita.*

Triplex suitas.

Num existentia sui hæredis vulgarem substitutionem tollat.

35 *Pupillaris continet vulgarem, filio viuo testatore mortuo, & num. 152.*

36 *Etiam pupillaris inutiliter facta continet vulgarem tacitam.*

37 *Pupillaris expressa non continet vulgarem, vbi mens testatoris refragatur.*

38 *Pupillaris non continet vulgarem, si refragetur testatoris specialis prouisio.*

39 *Pupillaris non continet vulgarem, quando testator de casu vulgaris substitutionis cogitauit, & tamen eam non expressit: vt est casus, quando pater duos impuberes filios habet, & vni vulgariter, alteri pupillariter substituit: sed contrarium deciditur. & num. 157.*

40 *Pupillaris nõ continet vulgarem, si substitutus bonorum paternorum incapax est.*

41 Taci-

41 Tacita vulgaris contenta sub pupillari, excludit matrem pupilli, non testatoris.
L. precibus. C. eod. tit. intellectus & supra nu. 12. & infra num. 164.
42 Intellectus leg. fin. C. institut. & substitut.
Tacita vulgaris in d. l. fin. matrem pupilli non excludit, vna cum pupillo institutam, secundum Bartolum, cuius sensus ab omnibus damnatur.
Tacita pupillaris in d. l. fin. matrem pupilli vna institutam non excludit, secundum communem & receptum intellectum.
43 In pupillari substitutione, ex interuallo facta, non continetur vulgaris.
44 Substitutio pupillaris, exhaeredato facta, non continet pupillarem tacitam.
45 L. pen. infr. eod. difficilis.
Casus plurium substitutionum breuissime, cum praecipuis sedibus relati.
46 Casus d. l. pen.
Substitutus substituti primo substitutus intelligitur.
47 Vt sequenti substitutioni locus sit, necesse est primam habuisse effectum.
Communis intellectus ad d. l. pen.
48 Spes pupillaris non transit ad substitutum substituti, si conditio secundae substitutionis defecerit.
Vera ratio decidendi ad d. l. pen.
49 Substituto praemoriente, ante institutum, nullum ius oritur ex eius persona: ideoq; spes substitutionis non transmittitur ad eius haeredem legitimum.
Substitutio nondum competens extra nostra bona est.
Ius conditionale non transmittitur.
Haereditates non acquisitae non transmittuntur.
Substituto ante institutum moriente substitutio extinguitur.
50 Conciliatio l. cohaeredi. 41. in princ. infr. eod. cum d. l. pen.
51 Vulgaris non continetur sub pupillari, quando statutum vult testamenta intelligi ad literam.
52 Pupillaris in testamento inter liberos, iuxta leg. hac consultissima. §. ex imperfecto. C. de testament. facta, non continet vulgarem.
53 Pupillaris conseruata per Auth. ex causa. C. lib. praet. non continet vulgarem.
54 Quot testibus impediatur effectus pupillaris, vt scilicet non contineat vulgarem.
55 Exempla substitutionis vulgaris, quae posterius extremum solum habet expressum.
56 Vulgaris substitutio, quae posterius extremum solummodo expressum habet, ratione verborum mixta est.
Illud est expressum, quod venit ex mente legis, vel sub generalitate verborum.
Substitutiones in genere expressae, eundem cum expressis in specie effectum habent.
Pupillaris matrem pupilli excludit, siue sit expressa in specie, siue in genere.
57 Doctorum quaestiones de substitutionibus mixtis.
58 Dispositio facta per verba generalia censetur specialis, si non nisi in vna specie verificari possit.
59 Si casus vulgaris in reciproca expressus sit, pupillaris sub ea contenta prorsus tacita est, & matrem pupilli ex communi DD. sententia non excludit.
Pupillaris expressa in reciproca continet tacitam vulgarem.
60 Vulgaris contenta sub compendiosa, etiam per temporum dinumerationem facta, expressa est.
Substitutiones in genere & in specie expressae quatenus conueniant & differant.
61 Substitutio vulgaris expressa aut in specie aut singulariter expressa. Quae singulariter expressa, ea aut omnino expressa, aut ratione casuum mixta est.
62 Nũ substitutio vulgaris in vnum casum indiuiduũ facta, ad alterũ casum trahatur.
Affirmatiua sententia recepta.
Qui contra communem teneant.
63 Fundamenta communis opinionis.
64 Generalis ratio omnes casus non tam per extensionem quam per inclusionem comprehendit.
65 Vnus casus substitutionis trahitur ad alterum, quando testator idem verosimiliter de omisso casu dispositurus fuisset.
66 Suppletionem à iure factã is qui iurisdictioni praeest ad casus similes adhibere potest.
67 Ampliationes & limitationes ad regulam: quod vnus casus vulgaris substitutionis expressus ad omissum casum trahatur.
68 Regula proposita fallit 1. in substitutione in legato facta.
De sensu l. pater Seuerinam. 100. infr. condit. & demonst. differitur.
Historia de Philippo Regio, qui incontinenti cuilibet interrogãti de quolibet puncto vltimarum voluntatum respondere voluit.
In d. l. pater Seuerinam neq; voluntatis, neq; impotentia casus expressus est.
69 Substitutio vulgaris in haereditate & legatis fieri potest, ex communi DD. sententia.
70 In d. l. pater Seuerinam. substitutione an translatio legati facta sit.

casum Voluntatis & impotentiæ per interpretationem declaratiuam.

Verba (si hęres non erit) *per interpretationem extensiuam intelliguntur de casu pupillaris substitutionis.*

93 *Verba* (si hæres non erit) *intelliguntur cum effectu.*

Substituto vulgari non nocet sola suitatis existentia, aut immistio, sequuta restitutione.

Per nudum heredis nomen, si institutus abstineat, repudiet, aut restituatur, voluntati defuncti non satis fit.

Legata in testamento relicta, testamento caduco, non præstantur à venientibus ab intestato.

94 *Circa posterius extremũ vulgaris substitutionis interpretes multas substitutionum formulas dubias examinant.*

L.fin.C.hæred.institu. *explicata. & numer. 13.15. supra.*

95 *Pupillaris substitutionis effectus propterea non alteratur, si testator eiusmodi verbis vtatur, vt sibi, non filio heredem statuisse videatur.*

Sufficit verba si non proprie, saltem abusiue formæ substitutionis congruere.

Testatores plerunq; abusiue loquuntur.

96 *Formula vulgaris est, si ita testator dicat:* Seium instituo, & si hæres non erit, Titius sit sibi hæres.

97 *Formula vulgaris est, si testator filium & ex eo nepotem instituat.*

Formula vulgaris hæc est: Titium instituo & Mæuium substituo.

Formula hæc fideicommissariam substitutionem nõ comprehendit, secundum communem & veram sententiam.

98 *Fauore heredis, verbum Substituo solam vulgarem comprehendit.*

Substitutiones dubiæ directæ potius esse intelliguntur quam obliquæ. & numer. 109. 110.

L.4.infr.eod. *aperte communem probat.*

Præcitata formula etiam pupillarem & exemplarem continere potest.

99 *De formula, quãdo testator instituto substituit vulgariter, & per fideicommissum.*

Quando testator duplicem substitutionem facit, in arbitrio substituti est, ex qua substitutione admitti velit.

L.recusare. 6.§.Titius. infr. ad Senatusconsf.Trebel. *illustrata.*

100 *Quãdo testator, instituto vnum vulgariter alterum per fideicommissum substituit, de prærogatiua substitutorum quæstio exoritur.*

Fideicommissarius præfertur venienti ex tacita vulgari.

Casus l. nam quod. 14. §. si quis compulsus.infr.ad SC.Treb. *illustratur.*

101 *Si testator dederit substitutum vulgarem & per fideicommissum, instituto hæreditatem adeunte, excluditur vulgaris substitutus.*

Si testator dederit substitutum vulgarem & per fideicommissum, vulgaris substitutus præfertur, si institutus ante aditionem hæreditatis moriatur.

Testator intelligitur dedisse substitutum vulgarem in eum euentum, si fideicommissum non haberet effectum.

102 *Si institutus repudiat hæreditatem, cogi potest adire & restitutionem facere, fideicommisso expresse aut tacite repetito, ita vt substitutus excludatur per fideicommissarium.*

Datione substituti vulgaris & fideicommissi repetitione, heredi facultas repudiandi concessa videtur.

Interest eius, cui restitutio facienda, vt repudiantem adire cogat.

Adire hæreditatem iussus, propter compulsionem quartam amittit.

103 *Expressa & tacita fideicommissi repetitio. & supra num. 10. & 93.*

104 *Etiam non repetito fideicommisso, potior causa est fideicommissi quam substitutionis. Hæc communis & vera.*

L. facta.63.§. Iulian.infr.ad SC. Treb. *exposita.*

Casus leg.non iustam.4.C.ad SC.Trebell.

Testator vulgariter substituendo, tum instituto licentiam repudiandi dedisse videtur, si tantum vulgariter substituerit.

105 *Num vulgaris illa formula sit, in qua testator restituendi verbo vsus est.*

Verbum Restituendi in testatoris persona conceptum, vulgarem importat.

Casus l.inter omnes.12. supr.qui satisd. cog.

106 *In personam heredis instituti testator Restituendi verbum tribus modis concipere potest.*

Formula hæc, si hæres non eris, restituas hæreditatem Caio, quem vulgariter substituo, *est vulgaris.*

Voluntati testatoris verba cedunt. & numer. 109.

Ex vna parte orationis certa, altera dubia interpretanda est. & num. 108.

107 *Ex dispositione defuncti, verba obliqua ad directum sensum trahi possunt.*

Si donauero causa mortis cum pacto, quod non possim reuocare, donatio erit inter viuos.

108 *Formula,* si hæres non eris, rogo: vt hæreditatem per fideicommissum restituas Caio.

109 *Formula,* si hæres non eris, volo vt hæreditatem meam restituas, *apud DD. disputabilis.*

Receptior sententia est, eam esse vulgarem.

Substitutio in dubio directa.

110 *Sententia* c. si pater. de test. in. 6.

Verior sententia est, quod pracitata formula sit fideicommissaria.

111 *Formula,* si nauis ex Asia venerit, Seius hæres esto: si nauis non venerit, Caius hæres esto, *est substitutio vulgaris.*

Similes forma substitutionum dubiarum vnde petenda.

112 *Effectus sex vulgaris substitutionis referuntur.*

113 *Primus effectus est, quod substituto locus sit, existente conditione vulgaris substitutionis.*

Primus effectus substitutionis vulgaris in duo membra diuiditur, 1. si institutus hæres non erit: 2. si alium hærede͂ non fecerit.

114 *Institutus dicitur non esse hæres, quando iure communi & ordinario omnino exclusus est à successione.*

Quamdiu instituto locus est substitutus excluditur.

Etsi institutus repudiauerit remedium iuris ciuilis, tamen substituto locus non est. Ide͂ si iuris pratorii remedium omiserit.

Qua necessaria sint, vt substitutus excludatur: & quo casu substituto locus fiat.

115 *Si hæres sit exclusus iure communi, spes successionis ex iure speciali descendens, non consideratur, sed institutus est pro excluso ad hoc, vt substituto locus sit.*

Minor, qui hæreditatem sibi delatam repudiauit, in integrum restitui potest.

Minore hæreditatem repudiante, substituto locus est, etsi minor restitui possit.

L. ait prætor. 7. §. sed quod Papinianus. supr. minorib. *exposita.*

Restitutionis beneficium in solo officio iudicis consistit, non in ipsius partis iure.

Fortius est vinculum, quod habet fundamentum iuris communis, quam quod procedit ex iure speciali.

Reputatur quasi impossibile, quod iure communi aut communiter obtineri nequit.

116 *Substitutus admittitur, filio abstinente, etsi ipso iure restitui possit.*

L. fin. C. repud. hæred. *exposita.*

Spes veniens per modum priuilegii non impedit beneficium iuris communis.

Beneficium d. l. fin. *officio iudicis surrogatur.*

117 L. fin. *procedit, etiamsi suo vulgaris substitutus detur.*

118 *Requisita* d. l. fin. *eiusdemq; limitationes, & conciliatio cum* l. quod si minor. 25. §. Scæuola. supr. Minorib.

119 *Secundum membrum effectus primi eos co͂cernit, qui ex instituti persona succedere possunt.*

Quoties institutus alium hæredem facit, substitutus excluditur.

Hæreditas non adita, in tribus casibus transmittitur, ratione scilicet suitatis, sanguinis & iuris deliberandi.

120 *Transmissarius veniens ratione sanguinis, aut iuris deliberandi excludit substitutum ex communi & magis communi DD. sententia: idem in transmissione ratione suitatis indistincte defenditur: qua sententia hodie communior.*

121 *Ad excludendu͂ substitutum no͂ refert, hæredine an alii per eu͂ hæreditas acquisita sit.*

Pendente beneficio transmissionis institutus censetur superesse.

Substitutus admitti non potest, antequam primus gradus omnino euacuetur.

L. vnic. §. in nouissimo. iunct. §. quum autem in superiore. C. caduc. toll. *pro transmissario à Benedict. de Plomb. originaliter expensa.*

122 *Vulgaris substitutio in suo non obstat transmissioni.*

Maior ratio transmissionis in suo quam in aliis, qui͂ tanquam aditam hæreditatem transmittat.

Suus non transmittens vt suus, transmittit ratione sanguinis, & iuris deliberandi.

123 *Casus* d. §. in nouissimo. *expensus.*

124 *Substituti potior caussa quam transmissarii, vbi testatoris voluntas id suadet.*

125 *Filio instituto repudiante, præfertur pater substituto, secundu͂ co͂munem & veram.*

Filio repudiante, pater venit titulo institutionis ex primo gradu: ergo repellit secundum substitutionis gradum.

L. fin. §. similiq; modo. C. bon. quæ liber. *præcipuum fundamentum pro patre contra substitutum vulgarem.*

126 *Filius iure ff. repudiando, patri non præiudicat: ergo multo minus iure Codic. quo patris iura fortiora sunt, id poterit.*

Transmissarius vincit substitutum: at fortiora sunt patris quam transmissarii iura.

L. fi.

non reperitur limitata in iure, filio abstinente.

Pupillaris substitutio requirit aditionē hæreditatis, non vulgaris sub ea contenta.

151 *Tacita vulgaris sustinet testamentum, etsi substitutus sit de liberis testatoris, nec alias reperiatur institutus.*

152 *Vtrum à tacita vulgari testamentum incipere possit, quando viuo patre, filius moritur: difficilis quæstio. in qua DD. in quatuor turmas diuiduntur.*

De intellectu l. quod si filius. 11. infr. captiu. & postlim. reuers.

Vera & recepta sententia est, quando viuo patre filius moritur, testamentum à tacita vulgari sustineri.

153 *Vtrum ex vulgari sustineatur testamentū, si testator instituat aliquem, qui tempore testamenti mortuus fuit.*

Quid iuris sit, si substitutio illi fiat, qui plane institutus non fuit.

154 *Ventre instituto, si filius non nascatur, ex tacita vulgari substitutus venit.*

155 *Vulgaris continet tacitam pupillarem.*

Amplia 1. vt idem sit, si vulgaris concepta sit in casum specialem noluntatis vel impotentiæ.

156 *Amplia 2. vt idem sit in pupillari imparibus in diuersis orationibus facta.*

157 *Amplia 3. vt idem sit, si testator duos impuberes filios habeat, & vni vulgariter, alteri pupillariter substituerit. & supra num. 39.*

Vulgaris etiam exemplarem continet.

158 *Vulgaris non continet pupillarem, si testator contrarium dixerit.*

Quot testibus contraria testatoris voluntas probetur.

Verba limitatiua & taxatiua ostendunt, testatorem nolle, vt casus vulgaris ad pupillarem extendatur.

159 *Vulgaris non continet pupillarem, quando tacita testatoris voluntas refragatur.*

160 *Casus aliquot, in quibus testatoris voluntas extensioni refragatur, expositi.*

161 *Vulgaris non continet pupillarem, quando testator expresse in vtrumque casum prouidit.*

Vulgaris non continet pupillarem, filio instituto, & si hæres non erit, vel erit, & impubes decesserit, illi per fideicommissum substitutione facta.

162 *Vtrum vulgaris contineat pupillarem, & quidem cum effectu, quando mater pupilli in medio est, controuersus iuris articulus. in quo duæ principales opiniones habentur.*

163 *Prior sententia est, quod substitutus matrem vincat.*

Par ratio taciti & expressi.

164 *Nullus in vniuerso iure textus est, qui probet matrem vincere substitutum, ex tacita pupillari venientem.*

Verus sensus l. precibus. C. impub. & al. substitut. *& supr. num. 12. 41.*

Variæ expositiones eorum, qui substitutum per matrem vinci existimant, ad d. l. precibus. *obiter relatæ.*

165 L. fin. C. instit. & substitut. *communis intellectus.*

166 *Mater vincit substitutum ex tacita pupillari venientem ex communi sententia.*

Communē sententiam defendentes in duas sectas diuiduntur, aliquibus existimantibus, pupillarem tacitam plane non contineri sub vulgari, aliquibus contra opinantibus, contineri eam, sed sine effectu.

167 *Vtilitas inuestigationis, vtrum pupillaris tacita ab initio vulgari insit, an non insit, multiplex.*

Substituto ex pupillari tacita locus est, matre ante filium moriente, aut repudiante, aut negligente per annum tutorem petere. & num. 173.

Si vulgari expresse pupillaris tacita ab initio nō insit, per duos testes haudquaquam probari poterit voluntas testatoris, quod voluerit matrem pupilli ex tacita pupillari excludi. & num. 174.

168 *Communis opinionis fundamenta.*

L. precibus. C. eod. *expenditur.*

Lex dispositiue contra regulas iuris patri permittit, vt filio pupillarem faciat substitutionem, qua mater excluditur: quæ dispositio odiosa ad pupillarem tacitam extendenda non est.

169 *Tacitæ substitutiones nuda iuris interpretatione minime nituntur.*

170 *Mater vincit substitutum, venientem ex tacita pupillari, etiam in foro Saxonico.*

Constitutio Saxonica part. 3. tit. 8. *expenditur.*

171 *Quemadmodum mater: ita auia quoq; impuberis excludit substitutum, ex tacita pupillari venientem.*

172 *Ad exemplum matris & auiæ pater quoque substitutum venientem ex tacita pupillari excludit, si auus nepoti ex filio emancipato vulgarem fecerit.*

Idem iuris est in fratre aut vtrinque, aut per patrem coniuncto.

173 *Pupillaris sub vulgari contenta excludit matrem, quando hoc pater testator voluit.*

Duplex

Duplex est pupillaris, contenta sub vulgari expressa prorsus tacita & coniecturalis.

174 *Coniecturalis pupillaris quomodo probetur.*

Ex antecedentibus sequentia, & econtra sequentia ex antecedentibus probantur.

Qua ratione pupillaris tacita coniecturalis dicatur.

175 *Ex quadruplici coniectura oritur pupillaris tacita, coniecturalis ex dictis (1) in testamento, (2) extra testamentum, denique ex qualitate (3) substituti (4) & matris.*

176 *Testator relinquens aliquid matri pupilli, & ea in legato contentam esse volens, ita vt de eius bonis amplius non petat, intelligitur fecisse pupillarem coniecturalem.*

Declaratur hoc verum esse si legatum illi sit relictum à substituto vulgari, non si à filio instituto.

Prohibitus plus petere ex vna causa, non intelligitur prohibitus ex alia.

177 *Mater per pupillarem tacitam excluditur, si testator illi aliquid reliquerit, donec vitam seruet vidualem, & ipsa denuo nupserit.*

Idem est, si testator vxori 10. relinquat, si non nubat.

Hæreditas filii matri debita est respectu filii, non patris.

178 *Tacita pupillaris matrem pupilli excludit, secundo nubentem, etsi testator de secundis vxoris nuptiis nihil dixerit.*

Mulier secundo nubens, infert iniuriam marito & filio.

Veritas & magis communis opinio in contrarium.

Non qualibet iniuria inducit legati ademptionem: sed ea demum, quæ grauis est.

Nulla lex est, quæ matrem ob secundas nuptias à filii successione remouet.

179 *Tacita pupillaris matrem pupilli excludit: si testator substituat pleno iure, aut relinquat vxori aliquid certi post mortem filii.*

Mater pupilli excluditur, si pater substitutum vulgarem rogauerit de restituenda hæreditate tertio.

180 *Mater committens adulterium, aut alias grauiter offendens maritum, vincitur à substituto veniente per tacitam pupillarem.*

Ob inimicitias intelligitur reuocatum legatum.

Mater stuprum, etiam marito mortuo, sibi offerri passa, & aliquid aliud inhoneste agens, à substituto excluditur.

Mulier ob stuprum successione indigna efficitur, & amittit ius quæsitum atque successionem liberorum, vt proinde multo magis à iure quærendo excludatur.

Testator intelligitur matrem pupilli substituto præferre, rebus in eodem statu manentibus.

181 *Mater non petens filio tutorem, & ad secunda vota transiens, liberorum successione priuatur, etsi à patre ipsi filio expresse foret substituta.*

182 *Filius testatoris veniens ex pupillari tacita, vincit pupilli matrem.*

L. cum acutissimi. C. fideicom. l. cum auus. inst. condit. & demonstr. l. generaliter. §. cum autem. C. institut. & substitut. *explicantur.*

183 *Mater testatoris ex tacita pupillari veniẽs, vincit matrem pupilli.*

Mater in successione ab intestato vincit auiam, non venientem ex pupillari tacita.

184 *Pater veniens ex pupillari tacita excludit pupilli matrem, si ab auo nepoti ex filio emancipato substitutio sit facta.*

Ascendentes & descendentes testatoris pupillo substituti, matrem pupilli vincunt, non collaterales: Nam mater collaterales testatoris excludit.

Non idem fauor præstatur fratri, qui liberis & parentibus.

Quo casu frater testatoris pupilli matrem vincat.

185 *Pia causa ex tacita pupillari matrem pupilli excludit.*

Relicta ad pias causas intelliguntur relicta pro anima, quam testator omnibus rebus antepósuisse intelligitur.

Distinctio ad præcitatam opinionem.

186 *Quartus effectus vulgaris est, quod per eam succedatur testatori, non pupillo.*

187 *Idem iuris in vulgari expressa continente pupillarem tacitam.*

Si pupillus institutus abstineat, substitutus ex vulgari succedit: & postea pupillo inter pupillares annos decedente, etiam pupillaria bona occupat: ita vt hic pupillaris & vulgaris concurrant. est communis.

188 *Aliqui contra, in præcitato casu, venientes ab intestato bona capere affirmant.*

189 *Etiam per vulgarem tacitam tantum testatori succeditur.*

Pupillaris quoque expressa cum tacita vulgari concurrere potest.

190 *Pupillaris etiam, pupillo repudiante, conseruatur vel sui hæredis existentia, vel aditione ex tacita vulgari.*

191 *Concurrunt vulgaris & pupillaris, si pater & fi-*

& filius ruina, naufragio, aut simili casu vna & ita pereunt, vt ignoretur quis alteri fuerit superstes.

Fauore substitutionis conseruandæ non præsumitur prædecessisse filius: imo præsumitur patri superstes: quum primo natus primo mortuus præsumatur.

192 *Contrarium affirmatur in pupillo, qui ante patrem mortuus præsumitur.*

Filio impubere ante patrem mortuo, pupillaris substitutio extinguitur.

193 *Distinctio DD. circa præcitatum punctum de filio & patre vna mortuis.*

194 *Concurrunt vulgaris & pupillaris siue testator verbis,* (si in pupillari ætate decesserit) *siue illis* (si hæres erit, & in pupillari ætate decesserit) *vtatur.*

Verba (si hæres erit) ad pupillarem non sunt necessaria.

195 *Veniens ex vulgari excludit matrem pupilli, cui illa facta est. quod declara, vt ibi.*

196 *Prælegata in dubio in substitutionem vulgarem non veniunt: ideoque ad hæredem repudiantem pertinent, non ad substitutum.*

Prælegata ad substitutum vulgarem pertinent, si testator hoc voluerit.

Succedens ex pupillari, cum hæreditate occupat prælegata.

197 *Vulgaris facit de suo hærede arbitrarium, & tollit suitatem, iuxta communem: qui est quintus effectus vulgaris substitutionis.*

Num vulgaris tollat suitatem, latissimus iuris articulus.

198 *Institutus sub conditione, si hæres esse voluerit, voluntarius hæres est.*

Is cui vulgaris fit, sub conditione, si voluerit, institutus esse intelligitur.

Sensus l. Cornelius. 69. & l. iam dubitari. 86. supr. tit. 1. *examinatur.*

Per vulgarem præcisa adeundi necessitas remittitur, minime tamen suitas extinguitur.

Verba abusiua iuxta subiectam materiam & iuris sensum accipienda.

199 *Verius est, quod neque per vulgarem suitas, neque per suitatem vulgaris tollatur.*

200 *Etsi communis sententia retineatur, quod vulgaris tollat suitatem: tamen aliud est in vulgari prorsus tacita.*

201 *Ius accrescendi non tollit suitatem. quod declara, vt ibi.*

202 *Quid sit suitas: quæ eius requisita: diuisio: effectus: & quibus modis tollatur, obiter tactum.*

203 *Vulgaris non tollit suitatem, si testator tantum expresserit casum impotentiæ.*

204 *Substitutio facta in suitate, non tollit suitatem.*

205 *Per vulgarem abstinendi licentia minime concessa intelligitur, quando testator filio duplicem substitutionem facit, vulgarem & fideicommissariam.*

206 *Vulgaris contenta sub reciproca, non tollit suitatem.*

Sed contraria sententia probabilior.

207 *Vulgaris contenta sub compendiosa non tollit suitatem.*

208 *In casu* l. si filius. 80. infr. acquir. hæred. *vulgaris non tollit suitatem.*

209 *Vulgaris tollit suitatem, si effectum habuerit. Contraria tamē sententia probabilior.*

210 *Vulgaris non tollit suitatem, quando per repudiationē instituti vitiarentur legata.*

211 *Vulgaris non tollit suitatem, filio sibipsi substituto, & primum gradum omittente.*

212 *Vulgaris non tollit suitatem, quando filio instituto substituitur nepos.*

L. Iulianus. 26. infr. si quis omiss. caus. testam. *illustrata.*

Contraria sententia asseritur.

Differt institutio secundum consilium Galli facta, à casu nostro, quando filio substituitur nepos.

213 *Vulgaris non tollit suitatem, substituto viuo testatore mortuo.*

Contraria sententia asseritur.

214 *Num filio in maiori parte quam in legitima instituto, & data substituto, ratione legitimæ tollatur suitas.*

An vulgaris substitutio in legitima fieri possit.

Negatiuā qui defenderint, & qua ratione.

215 *Affirmatiua magis communis & vera.*

Vulgaris tollit suitatē, quo ad effectus, quos habet fauore patris, non quo ad eos, quos habet fauore filii, vt est transmissio.

216 *Quando filius sub conditione potestatiua, quæ vltimo vitæ spiritu impleri potest, institutus, eique nepotes substituti fuerint, pendente conditione suitas non tollitur, sed suspenditur.*

Sententia l. fin. infr. condit. instit.

217 *Vulgaris non tollit suitatem, quando testatoris refragatur voluntas.*

Etsi suo substitutus datus sit, & ille abstinuerit, tamē abstensionē reuocare poterit.

218 *Sextus effectus vulgaris substitutionis est, quod impediat ius accrescendi.*

Ius accrescendi est prouisio legis: substitutio autem prouisio hominis.

Ius accrescendi est tacita quadā substitutio.

219 *Ius substitutionis tacitæ potentius iure accrescendi, & num. 20.*

Taci-

Tacita voluntas testatoris, quam habet ius accrescendi, est permissiua, nō dispositiua.
Vulgaris substitutio etiam tacita, dispositiuam testatoris voluntatem habet.
Substitutio tacita ex legis & testatoris dispositione descendit.
Duo vincula magis stringunt.
Substitutio parificatur successioni descendentium: coniunctio autem æquiparatur successioni collateralium.
220 *Etiam substitutio vulgaris dubia tollit ius accrescendi.*
L.fin. C.hæred.instit. *expensa.*
Ius accrescendi transit in hæredem.
221 *Ius accrescendi excluditur per substitutionem etiamsi ille, qui iure accrescendi nititur, sit filius testatoris.*
222 *Veniens ex tacita vulgari apertam testatoris voluntatem pro se habet, contra eum, qui fundatur ex iure accrescendi.*
223 *Substitutio excludit vocatos à lege.*
224 *Substitutio etiam inualida impedit ius accrescendi.*
L.pen. in primo responso. supr.iniust. testam.*illustrata.*
Contraria sententia asseritur.
225 *Coniunctus ex testatoris voluntate substituto præfertur.*
226 *Coniunctus præfertur, quando non personæ singulari, sed gradui substitutio fit.*
227 *In reciproce substitutorum arbitrio est, vtrum ex iure accrescendi vel substitutione venire velint.*
228 *Septimus effectus est: quod substitutus substituti primo substitutus esse intelligatur.*
Octauus effectus est, quod vulgaris substitutus etiam capiat legitimam instituto deficienti debitam.
229 *Aliquot modis tollitur vulgaris substitutio.*
Substitutio vulgaris tollitur aditione hæredis.
Sententia l. post aditam. C. eod. tit.*expensa.*
Si institutus hæres sit, deficit cōditio substitutionis & potestas petēdi ex conditione.
In eadem hæreditate plures insolidum & directo non sunt hæredes.
230 *Si testator fecit multos gradus substitutionis vulgaris, omnes illi exspirant per aditionem primi hæredis.*
231 *Quando pluribus institutis gradui facta est substitutio, vno adeūte, substitutio vulgaris tollitur: aliud si singulis substituatur.*
232 *Etiam in legatariorum substitutione vulgaris tollitur, si is, cui legatum datum est, illud amplectatur.*

Vsufructu legato etiam agnito, tamen post mortē vsufructuarii locus est substituto.
Vsusfructus cotidie ex patientia eius, qui concessit, & ex facto eius qui fruitur, constituitur.
Agnitio vsusfructus ius accrescendi aut substitutionis non impedit.
233 Gl l.suum.C.de iur.delib.*reprobatur.*
234 *Etiam instituto bon. poss. iure prætorio petente, vulgaris substitutus excluditur.*
Bonorum possessor hæredi æquiparatur, & vulgarem substitutum excludit, si iure ciuili adire possit.
Idem si iure ciuili adire non possit, modo ius bon.possessionem petendi, viuo testatore originem habeat.
Casus L.filio.17.supr.iniust. testament. *explanatur.*
235 *Etiam instituto repudiante & petente bonorum possessionem contra tabulas, excluditur substitutus.*
Existentia sui hæredis non facit, vt expiret vulgaris.
In casu L. Gallus.in princip.supr. liber. & posthum. *existentia sui hæredis tollit vulgarem.*
Ibidem alii casus remissiue tanguntur.
236 *Aditione tollitur vulgaris, quando aditio durat.*
Vulgaris facta impuberi extraneo, per aditionem semel factam extinguitur, etsi is, qui adiit, contra aditionem restituatur, secundum quosdam.
237 *Contraria sententia communis est, quod substituto locus sit, extraneo contra aditionem restituto.*
238 *Hæres, qui negligens est post aditionem in exequenda voluntate defuncti, priuatur hæreditate, & locum facit substituto.*
Si hæres conditioni, sub qua institutus est, non paruerit, locus est substituto.
Intellectus & practica Auth. hoc amplius C. fideicom. *excutitur.*
Substituto ob aditionem non factam, locus non est, si ille instituti aditionē impediat.
239 *Per aditionem exspirat vulgaris: sed non pupillaris tacita, sub vulgari cōprehensa.*
240 *Tollitur vulgaris tacita eo ipso dum finitur pupillaris expressa.*
Contraria opinio asseritur.
241 *Tollitur substitutio, si substitutus decesserit ante conditionis euentum aut conditio adiecta defecerit, aut substitutus necauerit institutum.*
Nū pluribus potestatib. Doctoribus, aut Procuratoribus successiue electis, primo acceptante & moriente, alii admittantur.

Lex

Lex hæc theorica & practica est, circa quam DD. vulgaris substitutionis materiam capitibus quinque exponere consueuerunt. 1

PRIMO enim de nominis ratione & definitione.

SECVNDO de diuisione.

TERTIO de verbis, quibus substitutio hæc fieri solet.

QVARTO de effectu substitutionis huius & interpretatione.

QVINTO de resolutione, quo pacto scilicet finiatur, disserunt: quorum vestigiis nos quoque, vt par est, insistemus.

QVÆSTIO PRIMA.

De nominis ratione & definitione.

Ad nominis rationem *g* quod attinet, *Guilh. de Cumo*, quem *Bart. & DD. hic. & Alb. de Ros. ad rubr. n. 5.* referunt, quinq; modis substitutionẽ vulgarem dici posse existimauit. Tres tamẽ expositiones cæteris probabiliores sunt. 2

g *Alex. h. num.* 10. dicit, hãc quæstionem neque necessariam, neque multum vtilem: quum disputatio de nomine pertinacibus sit relinquenda. Dextre hæc accipiantur. Neque enim hoc interpretes volunt, omnino eiusmodi inquisitiones intermittendas: & quod huius consectarium est, nominum omnino rudes nos esse debere: sed admonitionem hæc quandam continent, eo spectantem, quod eiusmodi contentionum in scholis iuridicis modum esse oporteat.

Nam aliqui opinantur, hanc substitutionem ita appellatam, quod à vulgo testantibus fuerit inuenta. Hanc tuetur & explicat *Vacon. lib. 4. declarat. 62. n. 4.* Nonnullis videtur, quemadmodum directa actio vulgaris dicitur, & vtili actioni opponitur, in *l. quidam. 46. ad fin. ibi gl. verb. vulgarem. cum gl. seq. de hæred. instit.* Ita & substitutionem nostram vulgarem, id est, directam *h* dici, quod ex legis 12. tabularum verbis descendat: quum aliæ substitutiones ex sententia & interpretatione postea manauerint. Lege n. 12. tab. vti quisq; suæ rei legasset, ita ius erat. Quib. verbis etiam vulgares substitutiones comprehendebantur. *l. verbis legis. 118. inf. verb. signific.* At rei alienæ non item. Itaq; pupillaris substitutio verbis legis 12. tab. non innititur: sed ex consequentia patriæ potestatis moribus est introducta, *l. 2. inf. eod.* Ergo merito substitutio nostra vulgaris, id est, directa, pupillaris & exemplaris vtiles dici potuerunt. Hanc sensit *Brisson. lib. 19. de verb. signif. vers. vulgaris vxor.* & totidem verbis explicat *Chifflet. in tract. de substit. c. 10.*

h Pro hac sententia est insignis textus in *l. post aditam. Cod. eod.* ibi directæ substitutiones exponũtur vulgares ab omnib. Duobus enim modis directæ substitutiones dici possunt, vno modo vt hic. Ita sola vulgaris erit directa: altera modo vt opponantur substitutionib. obliquis & fideicommissariis. Ita directæ erũt vulgaris, pupillaris, Iustinianea seu exemplaris. Vide quæ dico infra obiter *q. 5. ad princip.*

Verior tamen & receptior sententia est, quemadmodum vulgaris vxor dicitur, quam quis habet cum populo, vt *Accurs.* textum *l. si vxor. 13. versic. sed & in ea. inf. ad l. Iul. de adult.* exponit, & *Brisson. de verb. sign. lib. 19. verb. vulgaris vxor. Couarr. de sponsal. & matrim. 2. part. cap. 7. §. 6. num. 11.* etsi aliter *Alciat. 2. παρέργ. cap. 40.* interpretetur. & vulgaris puella, quæ inter multos corpus suum vulgat, vt apud Ouidium *4. Fastor.*

Numina vulgares Veneris celebrate puellæ.

Et vasa vulgaria, quæ proprio loco non sunt attributa. *l. supellectili 3. in princ. infr. supell. legat.* Vulgaris *i* deniq; quæstio, id est, communis & cotidiana. *l. vulgaris. 21. infr. de furt.* legatum vulgari modo, id est, communi loquendi genere factum. *l. si quando. 112. infr. legat. 1. l. cum vulgari. 5. infr. de dote prælег.* Vulgare pactum, id est, vulgo & communiter contractibus adscribi solitum. *l. 30 sup. de pact. dotal. iunct. l. 5. supr. de diuort.* Vulgaria verba, id est, ordinaria & cautione de rato habendo comprehendi solita. *l. 3. infr. rem rat. hab.* Ita etiam vulgarem substitutionem dici, quod nihil specialitatis habeat, neque certis tantũ personis, vt pupillaris & exemplaris, sed omnibus omnino hominibus, actiuam & passiuam testamenti factionem habentibus pateat, & communis sit: eoque in testamentis *k* frequenter fieri

i Huc pertinet *l. in ratione 11. §. quod vulgo inf. ad l. Falci.* Quod vulgo dicitur, id est, quod communiter dicitur. Viæ per quas vulgo iter fit, id est, per quas communiter populus transit, in *l. pen. supr. his qui deiecerũt vel effud.* Vulgare ergo idem quod commune. Ita si interrogetur de carmine, de scripto, de libro, de artificio, dicere solemus: sũt vulgaria: das ist/Es ist gemein ding.

k Quæ ab omnib. fieri possunt: et frequentius fiunt, quam quæ certis tantum personis competunt.

fieri soleat, vsque adeo, vt si centum testatores reperiantur, qui vulgarem *l* facere possint, vix duo exstent, quibus pupillaris & exemplaris conueniant. *Ita Theophil. in suis Institut.* m *tit. 16. de pupill. subst. in princip. Azo in summa C. eod. tit. ibidem Cyn. in l. precibus num. 13. & Alber. de Rosat. num. 6. 7. Idem Alberic. ad rubr. num. 5. h. tit. n. DD. ordinarie hic. ibi Bart. num. 5. Ias. numer. 13. Bart. Socin. num. 12. Alciat. num. 9. Bologn. in l. centurio num. 49. infr. eod. tit. Duaren. ad tit. n. hic, sub rubr. de substitut. vulg. Guilh. Benedict. c. Raynut. verb. si absque liberis moreretur. el 2. num. 6. & 7. vers. venio nunc ad tertium. Rolandin. de vlt. volunt part. 1. rubr. 23. num. 5. Ferrar. in forma libelli, qua agitur ex substitutione. verb. substituit vulgariter. num. 3. Loriot. de apicib. iuris, tit. de substitut. axiom. 19. his accedant DD. in suis tract. vt Zas. in tract. vulgar. puncto primo. Leon. ibid. q. 3. num. 35. 36. 37. Sfort. in prælud. part. 2. q. 2. Chifflet. cap. 10. Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib. 3. interpr. 2. dub. 1. solut. 5. num. 2. Couarru. in tract. de sponsal. 2. part. cap. 7. num. 11. Brisson. de verb. signif. lib. 19. vers. vulgaris vxor. cum vers. sequenti. Petr. Greg. in syntag. iur. lib. 42. cap. 12. num. 1.*

3 Scribunt autem DD. nostri, antiquiores iuris interpretes communiter non definiuisse substitutionem vulgarem, aut saltem exactiorem definitionem omisisse. n *Ias. h. num. 13. Bened. d. verb. si absque liberis moreretur. el 2. num. 6. Chifflet. de substitut. c. 10.*

Qui autem definitiones proposuerunt, aut errarunt in assignando substitutionis vulgaris genere, dum aliqui genus generalissimum definito adhibent, *vt Leon. qui in tract. de vulg. num. 14.* substitutionem vulgarem dispositionem testatoris esse dicit. Aliqui idem per idem definiunt: substitutionem *o* vulgarem, substitutionem esse dicentes, *vt Imol. hic. nu. 5. ibi Bart. Socin. num. 12. Petr. Greg. in syntagm. iur. lib. 42. cap. 12. num. 2. Pac in disputat. tit. de vulg. substitut. thes. 9.* quam definiendi rationem improbat *Leon. de vulgari subst. num. 16.* aut in differentia, quum plerique non eam, quæ substitutioni nostræ specifica, sed cum fideicommissaria substitutione communis est, adducant. Ita enim aiunt: substitutionem vulgarem eiusmodi dispositionem esse, vt à quolibet cuilibet *p* fieri possit. *Ita Imol. hic. num. 5. ibi Bart. Socin. num. 12. Ias. num. 13. probant. Benedict. dict. verb. si absque liberis moreretur. el 2. num. 7. ibi Couarru. §. 4. num. 3. Gomez. tom. 1. cap 3. num. 1. Petr. Gregor. d. cap. 12. nu. 2. Sfort. in prælud. subst. part. 2. quæst. 1. Graff. §. substitutio. quæst. 6.* aut verbis inaniter redundantibus vsi sunt. Vnam enim & eandem rem, vocibus tantum immutatis, bis dicunt, qui hanc substitutionem à quolibet cuilibet fieri posse, & nihil specialitatis habere dicunt, *vt Imol. Socin. Gomez. locis relatis.*

l Dicitur vulgaris, quia à quolibet fieri potest, nulla facta distinctione, vtrum miles, an paganus, pater vel extraneus, masculus vel fœmina sit. Et potest fieri cuilibet id est, militi vel pagano, filio vel extraneo, masculo vel fœminæ. *Guilhelm. Benedict. & Sfort. in locis hic relatis.*

m Verba Theophili: Hæc vocatur vulgaris substitutio, quoniam apta, idoneaq; est, vt cuius fiat, tum extraneo, tum filio.

n Bart. recitat nominis rationem, de qua in præcedentibus dixi eam aliqui definitionem esse dicunt: quum quidem Bart. nullam definitionem habeat, vt nec alii communiter.

o Defendi tamen hæc possunt. Nam tūc idem per idem definiretur, si de genere substitutionis definiendo quæreretur. Nunc autem cōstat, substitutionem esse genus, & continere sub se directas & obliquas substitutiones, & directas esse vulgarem, pupillarem, exemplarem seu Iustinianeam, directo militarem. Hę sunt species. De specie autem prædicatur genus. Quare recte ita definio: substitutio vulgaris est substitutio, aut substitutio pupillaris est substitutio. Ita *de pupill. substit. num. 10.* ipsemet Leon.

p Hæc differentia communis est vulgari & fideicommissariæ substitutioni.

Bona a. est definitio Aretini *ad rubr. Instit. eod.* Quod vulgaris substitutio sit institutio secunda directa eorū, qui in locum institutorum deficientium supponuntur. Magis perspicue definit *Duaren. ad tit. n. hic. sub rubr. de substitutione vulgari.* Quod substitutio vulgaris dicatur, quum secūdus hæres instituitur, collata institutione in eum casum, quo primus hæres non erit. Satis etiam concinne *Trentacinqu. in tr. subst. p. 1. c. 1. n. 1.* definit: Quod substitutio vulgaris sit in locum prioris hæredis, qui vel non vult, vel non potest esse hæres, facta institutio. Omnium a. maxime placet eruditissima Alciati definitio *h. n. 9.* ex verbis *l. 4. inf. h. tit. & l. precibus C. eod.* deprompta: Quod substitutio vulgaris sit secundi gradus hæredis *q* in primum casum

q Vulgaris aut est paganica, aut militaris, *Bolog. ad rubr. num. 77. hoc tit.* Ex paganica iure communi, ex militari, iure singulari hæreditas transfertur. *Leon. de vulgari n. 16.* Hæc definitio & paganicæ atque militari vulgari competit. Erit autem vulgaris militaris, si militem suo iure vti velle constet. *Leon. de vulgari num. 10.*

appellatio. *r* Quæ genere & differentia specifica constat, & cum suo definito conuertitur.

Quum enim omnes substitutiones directæ hactenus conueniant, quod secundæ institutiones, aut secundi gradus hæredis appellationes dicuntur: hac differentia specifica, vulgaris à pupillari & exemplari discernitur, quod in primum casum fiat, id est, si primus hæres non fuerit: quum pupillaris & exemplaris in secundum casum fiant. *d.l.4. infr. eod. & d.l. precibus. ibi DD. C. eod.* Ratio autem cur vulgaris substitutionis casus primus dicatur, ex naturæ principiis à nostris petitur: quod videlicet naturalis hic ordo sit, vt à non esse perueniatur ad esse. *s* Quum ergo substitutio vulgaris fiat & concipiatur per ista verba (si non fuerit hæres) primus casus & euentus, qui potest aperire viam substituto, & in quo potest substitutio verificari, est ille actus negatiuus (si non fuerit hæres) & non alius, vnde dicitur facta in primum casum. Pupillaris vero & exemplaris concipiuntur in casu affirmatiuo & essentiali, quo aliquid fit: puta, si fuerit hæres, & postea decedat, &c. Qui quidem casus ad essentiam & validitatem suam requirit, quod additio hæreditatis ponatur in esse, ideo dicitur fieri in secundum casum. Ita *post Oldradum* docet *Bald. in l. precibus. 3. not. num. 3. C. eod.* Quam subtilem declarationem appellat, & totidem verbis probat *Gomez. tom. 1. cap. 3. num. 2.*

r Non opus est, vt de bona definitione vulgaris multũ laboremus: quãdo iam definitio Caii Iurisconsulti generalis est exposita: ad illam si addam specificã vulgaris substitutionis definitionem, res expedita est.

s Tota rerum vniuersitas, id est, omnes res creatæ, visibiles & inuisibiles processerunt de nõ esse ad esse, vt dicitur: in principio creauit DEVS cœlum & terram. Vocat enim DEVS, quæ non sunt, tanquam sint. (*Rom. 4. versic. 17.*) Ergo etsi Philosophi materiam ingenitam dicunt: quũ ex nihilo nil fiat: *Origen in Genes. cap. 26. homil. 14. vbi de theologiæ & philosophiæ harmonia & dissensione locum præclarum habet. Tertull. in libro contra Hermogenem.* Tamen illorum stultitiam merito irridet *D. Basilius in libro de operibus sex dierum, homilia 2.* Si, inquit, materia ingenita sit infinita, & DEVS erit. Et quod existit, causam autẽ non habet, primum & immediatum est: Vnde necesse est, quod sit per se. At DEVS huiusmodi ens est, cui nihil est caussa essendi. *Thom. Aquin. in sum. contr. Gent. libr. 2. cap. 15.* Sicut ergo in naturalibus, casus non esse, primus est: Ita & in substitutionibus: quum ars naturæ sit imitatrix. *Gregor. Nyssen. de hominis opificio. cap. 1. & 24.*

QVÆSTIO SECVNDA.

Variæ diuisiones substitutionis vulgaris apud DD. extant. Ante Bartolum recepta 4
diuisio fuit, vt distingueretur in vulgarem expressam & tacitam. In hanc sententiam refert Dynum *Cynus in d. l. precibus. num. 14.* Bartolus aliud membrum huic diuisioni superaddidit. Dixit enim vulgarem aut esse expressam, aut tacitam; aut mixtam. Mixtam considerat ille non tantum ratione casuum, in quo ab omnibus approbatur, sed etiam respectu verborum. Nam substitutionem in genere expressam, partim tacitam, respectu scilicet primi extremi, ad hæredem pertinentis, & partim expressam appellat: quum posterius extremum, quod ad substitutum refertur, exprimitur.

Hoc posterius membrum diuisionis Bartolinæ vnus quantum ego scio, omnium ex practicis Doctoribus *Zas. in tractat. substitut. versic. tertium punctum prosequimur.* diserte refutauit. Ille enim ex Polito hanc theoricam deducit, etsi primum extremum aliquando taceatur, necessario tamen secundum extremum semper exprimi. Ergo & in prorsus tacita secundum extremum expressum erit. Si ergo omnis substitutio, in qua primum extremum omissum, secundum expressum est, mixta dicenda erit, sequetur, nullam substitutionem in toto iure esse, quæ omnino tacita dici possit (quum semper posterius extremum exprimatur) aut si recte illa prorsus tacita dicitur, quæ in pupillari continetur, non obstante, quod posterius extremum expressum habeat, sequetur, ob prius extremum omissum, non recte nouam substitutionis speciem constitui, quæ mixta sit.

Hæc doctrina Zasiana apud interpretes nostros plane noua & insolens est, ita quidem, vt neminem sciam ex omnibus interpretibus nostris, qui de ea meminerit, solus Alciatus eadem diuisionis membra cum Zasio retinet ad *l. 1. hic. num. 10.*

Dicit enim substitutionem aut expressam, aut tacitam, aut mixtam esse, & mixtam de casibus exponit: Bartolum autem de mala diuisione non reprehendit.

Verum ego doctrinam Bartoli & DD. tutiorem esse arbitror: Zasianam probare non possum.

Si

Si enim omnes ſubſtitutiones ſine diſtinctione, ac proinde illæ quoque, quæ prorſus tacitæ ſunt, poſterius extremum expreſſum habent, neceſſario ſequitur 1. nullam in toto iure ſubſtitutionem prorſus tacitam recte dici poſſe. 2. hinc ſequetur vulgarem tacitam contentam ſub expreſſa pupillari, recte in genere expreſſam dici. Vt enim illæ ſubſtitutiones, quæ prius extremum expreſſum habent, ſingulariter aut in ſpecie, ita illæ, quæ poſterius ſolummodo extremum expreſſum habent, in genere expreſſæ dicuntur. Si ergo prorſus tacita vulgaris poſterius extremum habet expreſſum, quid ni in genere expreſſa dicetur? 3. Hinc deducitur, prorſus tacitam vulgarem, quæ ſub expreſſa pupillari continetur, eundem effectum cum expreſſa in genere vulgari, quæ ſub reciproca aut compendioſa continetur, habituram.

Quæ doctrinæ omnes abſurdæ, & interpretibus noſtris ignotæ ſunt: ſed bona conſequentia de hypotheſi Zaſiana, ex Polito deprompta, ſequuntur. Quare aduertendum prorſus tacitam vulgarem, quæ videlicet ſub pupillari expreſſa continetur, neque 1. quo ad prius extremum, id eſt, ſingulariter, aut in ſpecie, 2. neque etiam quo ad poſterius extremum, id eſt, in genere expreſſam dici poſſe. Quod in ſpecie aut ſingulariter expreſſa non ſit, de eo inter omnes conſtat, eſtque hoc ipſo ſenſu notiſſimum. Quum enim prius extremum vulgaris ſubſtitutionis, id eſt, verba ſingularia & ſpecialia prorſus deficiant, profecto ſingulariter aut in ſpecie expreſſa dici nequit. In genere quoque expreſſa dici nequit. quod propoſito exemplo, planiſſimum fieri poteſt. Hæc eſt forma pupillaris: *inſtituo filium, & ſi hæres erit, atque in pupillari ætate deceſſerit, ſubſtituo illi Caium.* Sub hac forma continetur tacita vulgaris. Quæritur: an hæc tacita vulgaris in genere expreſſa dici poſſit, aut, quod idem eſt, an poſterius extremum aliquod expreſſum in hac formula habeat? Videtur, quod ſic. Quia hic adſunt verba generalia, ſubſtituo illi Caium. At ſubſtitutionis verbum generale ad omnes formas directas. Contrarium verum, quod ſubſtitutionis vox in hac formula non generaliter, ſed in ſpecie accipiatur: quum ad pupillarem ſubſtitutionem reſtricta ſit. Quemadmodum enim vocabulum animalis, generis notam habere deſinit, ſi ſpeciei notam illi addidero, vt, ſi dixero, *animal rationale*, ſpeciem enim tunc, non genus deſignat: ita vocabulum ſubſtitutionis, generis vox eſſe non poteſt, ſi notam pupillaris ſubſtitutionis, aut alterius formæ ſibi habeat coniunctam: vt ſi dico: *ſi filius hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, ſubſtituo illi Caium.* Hic ſubſtitutionis vox de pupillari accipitur, & propter notam pupillaris additam, ad pupillarem reſtringitur. Hinc videmus, vulgarem omnino tacitam, quæ ſub pupillari continetur, ne in genere quidem expreſſam dici poſſe, & proinde in formula pupillaris ſubſtitutionis poſterius extremum expreſſum habere nõ poſſe. Hinc recte ſcribit *Leon. in materia vulgaris. num. 48.* in pupillari continente vulgarem tacitam, verba affirmatiua (id eſt, poſterius extremum) quæ ad ſubſtitutum referuntur, eſſe expreſſa ſub vno tantum caſu, videlicet, ſi pupillus hæres eſſet, & in pupillari ætate decederet. Trahi autem verba illa per legem etiam ad alium caſum, qui extitit in perſona eiuſdem pupilli, ſcilicet, quando hæres non fuit. In genere enim expreſſum, aut poſterius ſolummodo extremum expreſſum habere, vnum atque idem ſunt. Omnis enim ſubſtitutio, quæ in genere tantum expreſſa eſt, poſterius ſolummodo extremum habet expreſſum. Et omnis ſubſtitutio, quæ poſtremum ſolummodo extremum expreſſum habet, in genere tantum expreſſa dicitur. Fruſtra ergo Bartolum reprehendit Zaſius noſter. Chiffletius *d.c.11.* aliam diuiſionem habet, quam defendi non poſſe arbitror. Notandum tamen, quod ille ibi ſcribit. In vulgaris (inquit) ſubſtitutionis partitione, anxii ſunt interpretes, multaſque eius non tam ſpecies, quam formulas conſtituunt, id eſt, accidentia potius, quam ſubſtantiam. Sed quum docendi cauſa iſta fiant, non negligenda exiſtimo, dum modus adhibeatur.

Conſtat autem, diuiſionem Bartoli non theoricam modo, ſed totam pene practicam, id eſt, eiuſmodi eſſe, cuius ſingula membra inſignem habeant in praxi vtilitatem. Quare diligenter nobis erit excutienda.

5 Porro, antequam ad diuiſionem accedamus, obſeruandum, vulgarem ſubſtitutionem duas partes, ſeu duo extrema habere, quorum prius ad inſtitutum, cui ſubſtituitur, poſterius autem ad ſubſtitutum refertur: prius ſemper verbis negatiuis, poſterius affirmatiuis verbis concipitur, vt, in hac formula: *Titius hæres eſto: quod ſi hæres nõ erit, Caium ſubſtituo.* Hic verba

illa: *Titius hares esto*: non sunt verba substitutionis, sed ad institutionem pertinent, quam substitutio prærequirit. At verba, *si Titius hares non erit*, ad institutum referuntur, & primum extremum vulgaris substitutionis constituunt. Vulgari enim modo, vt Modestin. *l. iam hoc iure. ad fin. infr. eod.* loquitur, per hæc verba: *si heres non erit*: substituitur, vt exempla sunt in *l. sed si plures. 10. § fin. l. potest. 36. & l. fin. in princ. infr. eod. l. Iulianus. 15. §. fin. l. si quis ita. 28. sup. tit. praced. l. si quis filiumfam. 7. l. & si substitutum. 64. infr. acquir. hared. l. is qui ducenta. 14. §. fin. infr. reb. dub. l. cum proponas. 3. C. hared. institu.* reliqua verba: *Caium substituo:* ad posterius substitutionis vulgaris extremum pertinent, & ad substitutum referuntur. *Ita Bart. h. num. 17. Francis. Rip. nu. 101.* dicens, Bartoli doctrinam communiter per omnes approbatam. *Zas. numer. 12. Benedict. d. verb. si absque liberis moreretur. el 2. in materia vulgaris, numer. 5. Zas. in tractat. substit. vulgar. versic. tertium punctum. Leon. quinta quastio. princip. num. 42. cum seqq. Sfort. part. 2. quast. 4.* qui ait, hanc communem esse expositionem. *Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 3. interpr. 2. dub. 1. solut. 5. num. 35. Brisson. lib. 7. formul fol. 677. vers. haredes autem. Petr. Greg. in syntag. iur. lib. 42. cap. 12. num. 3. Grass. §. substitutio. q. 8. num. 7.*

t Rectius dicentur generalia:
Si hæres non erit:
Si nolit. Si nō possit
Hoc membrū sua habet indiuidua.

6 Et hæc quidem vulgaria verba: *si heres non erit*: specialia t à DD. communiter appellantur: & duos casus, deficientis scilicet facultatis aut voluntatis comprehendunt, vt sensus sit: si hæres non erit, id est, si hæreditatem meam adire noluerit, vel non potuerit. *d. l. cum proponas.* u Quemadmodum enim omnes humanæ actiones, vt effectum habeant, voluntate indigent & potestate: Ita altero horum deficiente, nihil fit. Hæres ergo non est, qui aut non vult, aut non potest adire hæreditatem. *Ita Bart. hic. numer. 9. & 19.* cum quo DD. transire dixit *Bart. Socin. ibi nu. 13. Ias. num. 14. Alciat. num. 23. Duaren. ad tit. n. h. sub rubr. quibus verbis fiat vulgar. substit. Sfort. in materia vulgar. quast 5. in princip. Leon. num. 24. Trentacinq. c. 1. num. 20. cum seq. Vasq. de success. progress. lib. 2. §. 12. num. 3. Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib. 3. interpr. 2. dub. 1. sol. 5. num. 11. Grass. § substitutio q. 8. num. 2.*

u Hic textus communiter ad hoc allegatur, quod verba, *si hares non erit.* comprehendāt casum, si esse nolit, aut non possit. Sed recte notat Trentacinq. hoc in textu non probari, etsi sententia verissima sit. Neque enim ille textus verba specialia hæc (*si hares non erit*) habet: sed de duobus casibus singularibus, si hæres esse noluerit, vel non potuerit, meminit.

DD. aiunt, hæc verba: *si heres non erit*: comprehendunt casum, si noluerit, & si non potuerit. Habent tamen alium etiam casum, videlicet, si alium hæredem non fecerit. *Barthol. Socin. h. num. 13. vers. circa primum modum. Leon. Sfort. & Sim. de Prat. loco relato.* Hæc à DD. nostris perperam inter se permiscentur. Duæ sunt quæstiones: I. Quos casus verba (si hæres non erit) comprehendant. Et recte respondetur: duos tantum, casum scilicet deficientis voluntatis & facultatis. Nam & isto casu, vbi verba: *si heres non erit.* hunc sensum habent: si alium hæredem non fecerit, adhuc rectissime in casum deficientis voluntatis & impotentiæ resoluuntur, vt ex *dict. l. cum proponas.* liquere potest. II. Quæstio est: quem in iure sensum præcitata verba habeant: & recurrendum erit ad materiam *§. fin. Instit. eod. & l. si paterfamilias. 40. cum l. seq. de hared. instit. & d. l. 3. C. eod. & quæ ibidem notantur.* Dicemus hac de re, Deo volente, infra circa tertiam quæstionem, & circa quartam, ad primum effectum vulgaris substitutionis.

Etsi in certis quibusdam casibus præcitata verba ad casum vel voluntatis, vel impotentiæ tantum trahantur, de quibus videndi *Bart. Socin.* x *h. num. 13. vers. secundo adde. Trentacinq. d. c. 1. num. 21. cum seqq.*

x Ille quatuor casus habet, quos examinat Trentacinq.

Et casus quidem deficientis voluntatis simplex est atque indiuiduus: 7
casus autem impotentiæ multipliciter verificari potest. Primo, si primus gradus sit nullus ob præteritionem. *l. 3. §. fin. de liber. & posthum.* Secundo, quia persona instituta sit incapax. *l. 2. C. hared. institu.* Tertio, quia institutus non sit natus. *l. fin. C. de institut. & substit.* Quarto, si institutus moriatur,

viuo

viuo testatore. *l. Gallus. in pr. de liber. & postum.* Quinto, si superuiuat testatori, sed ante conditionem, sub qua institutus est, decedat, vt in *l. ab omnibus. 107. § cum quidam. ibi glos. verb. conditio. infr. de legat. 1. Bart.* y *hic. num. 9. & 13. ibi Ias. num. 14. Barth. Socin. num. 13. versic. circa primum modum. Alciat. num. 51. Duaren. ad tit. n. hic. rubr. quib. verb. fiat vulgaris. Vasqu. de success. creat. lib. 2. §. 12. num. 3. Vacon. lib. 4. declarat. 62. num. 9. Petr. Gregor. in syntagm. iur. lib. 42. c. 12. num. 6. 7.*

y Ad hos casus præ cæteris videndi Socin. h. & Petr. Gregor.

Vnde constat primum substitutionis vulgaris extremum non vno, sed multis modis exprimi posse.

8 Quibus hoc quoq; addendum, interdum in formula vtrumque, prius scilicet & posterius, substitutionis vulgaris extremum, interdum posterius tantum affirmatiuum, interdum neutrum exprimi.

Primum etiam extremum exprimitur, vt in formula modo relata: *Si Titius hæres non erit, Caium substituo.* Posterius tantum exprimitur, si ita fiat: *Titium instituo, & ei Sempronium substituo.* Aut ita: *Titium & Sempronium hæredes instituo, & eos inuicem substituo. Couarru. c. Raynutius. §. 4. num. 4. ext. de testam.* Neutrum exprimitur in substitutione vulgari prorsus tacita, quæ sub pupillari expressa, ex communi & vera Doctorum sententia continetur.

Nam etsi *Zasius in suo tractat. substit. vers. tertium punctum.* ex Polito doceat, in formulis substitutionum primum quidem extremum interdum omitti, necessario autem semper posterius extremum exprimi: tamen hæc sententia tuta non est. Nam vbicunque posterius extremum expressum est, vulgaris in genere expressa dicitur. Iam si & vulgaris omnino tacita posterius extremum expressum habet, consequens modis omnibus erit, 1. quod nulla substitutio prorsus tacita in vniuerso iure habeatur: & 2. illa, quam omnino tacitam dicimus, in genere expressa sit: atq; 3. omnes in iure effectus substitutionis habeat, quos in genere expressa habet. Quæ omnia à iuris norma & omnium interpretum doctrinis quam maxime abhorrent.

Obseruandum ergo, etsi substitutionis vox absolute posita, generica vox sit: eam tamen ad pupillaris substitutionis speciem restrictam, generis instar obtinere non posse. Vt, si ita dicam: *filium instituo: & si hæres erit, atque impubes decesserit, Caium illi substituo.* verba hæc: *Caium illi substituo.* generalia non sunt: sed ad speciem pupillaris substitutionis restricta, ex sui proprietate ad vulgarem substitutionem nullo modo pertinent: & quod huius consequens, pro secundo extremo vulgaris tacitę haberi non possunt: Quum vbi posterius tantum extremum expressum habetur, id generis alicuius instar obtinere necesse sit.

Recte ergo *Leon.* z *in materia vulgaris. num. 48.* scribit: in pupillari continente vulgarem tacitam, verba *a* affirmatiua, quæ ad substitutum referuntur, esse expressa, sub vno *b* tantum casu, videlicet, si pupillus hæres esset, & in pupillari ætate decederet.

z Ad hoc, vt posterius solum extremũ expressum dicatur, necesse est remanere genus substitutionis. Vbi autem ad speciem transitus fit, aliud est. *Fumanus num. 14.*

a Id est, posterius extremum.

b Id est, esse specialia, non generalia.

9 Hisce præmissis, substitutionem vulgarem ita *c* diuido: quod aut neutrum extremorum, aut vtrumque, aut posterius solummodo expressum habeat. Hinc substitutio aut prorsus tacita, aut in genere, specie, vel singulariter expressa dicitur. *Bart. h. num. 6. & seqq. ibi Alex. num. 10. Ias. n. 14. cum seqq. Barth. Socin. n. 13.* qui Bartoli diuisionem communiter receptam dicit: nec

c Extat alia quoq; substitutionis vulgaris diuisio, sed minus in praxi frequentata: quod substitutio vulgaris aut simplex, aut composita sit. Ita est text. h. vbi hoc notant, *Castr. num. 2. Ias. num. 7. Alciat. num. 2. Fumanus in suo tract. num. 21. & Chifflet.*

nec dissentit Duaren. ad *tit. nostrum h. sub rubr. substitutio quaedam est tacita, quaedam expressa. Benedict. d. c. Raynutius. verb. si absque liberis moreretur. el 2. in materia vulgaris q. 4. num. 10. & seqq. ibi Couarr. §. 4. num. 4. & 6. vers. tacita autem. Gomez.* d *tom. 1. c. 3. num. 10. Vacon. lib. 4. declaratio. 66. num. 6. cum seqq. Rolandin. de testam. part. 1. rubr. 23. de substit. vulgari num. 1. 2. 3. ibi addit. Zas. in tract. substit. vulg. vers. in secundo puncto. & vers. tertium punctum.* e qui frustra à Bartolo in uno membro discedit. *ibid. Sfort. quaest. 3. Leon. quaest. 2. num. 20. Trentacinq. c. 1. n. 2. cum seqq. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 3. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 3. interpr. 2. dub. 1. solut. 5. num. 33. Petr. Gregor. lib. 42. c. 12. num. 3. & 4. Graff. §. substitutio. q. 7.*

Quae neque prius extremum substitutionis vulgaris proprium, neque posterius illud solum, quod sua generalitate vulgarem comprehendere possit, expressum habet, *f* prorsus tacita ab interpretibus dicitur: quod legis authoritate, deficientibus omnibus omnino verbis, singularibus scilicet, specialibus, generalibus, quibus vulgaris substitutio fieri solet, ex coniectura tantum voluntatis defuncti introducta sit: quum verosimile sit, si testator de altero casu cogitasset, eundem substituturum fuisse. 10

Quin & praesumpta haec substitutio recte dici *g* poterit.

d Hic facit quatuor species: sed coincidit cum Bartolo.

e Doctores communiter probant hanc diuisionẽ Bartoli: sed Zasius vnũ membrum impugnat. de quo postea. Existimat enim, substitutionem vulgarem non ratione verborum, sed ratione casuum tantum mixtam dici posse. Eius sententiam video Alciatum quoque in eo sequi, dum mixtae substitutionis nullum aliud exemplum proponit, quam eam vulgarem, quae ratione casuum mixta dicitur.

f De nominis ratione. Prorsus tacita est, in qua omnia verba Vulgaris expressiua in genere, specie & indiuiduo deficiunt. DD. aiunt, eam dici prorsus tacitam, quae neque oculo corporis, neque oculo mentis videri potest. Id est, quae neque verbis singularibus, aut specialibus expressa est, neq; ex verbis, quae expressa sunt, bona consequentia sequitur.

g De hac re non contendendum putat *Mantic. de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 13. num. 6. ad fin.*

Etsi enim praesumptum id proprie habeatur, quod lex à partibus actum suspicatur, non quod acturas fuisse credit: Tamen quum eo casu, quo filius sibi haeres esset, & impubes decederet, voluerit testator tam bona sua quam pupilli ad substitutum pertinere: *l. sed si plures. 10. §. ad substitutos. infr. eod.* Verosimile est, si pupillus sibi haeres non esset, voluisse, *h* vt saltem sua ad eum deferrentur, quem omnibus, excepto pupillo, praetulit. *l. haeredes mei. 57. §. cum ita.* i *infr. ad SC. Trebell. Alciat. h. num. 20.* & hanc sententiam, explosis tribus aliis opinionibus, late defendit *Menoch. de praesumpt. libr. 4. tom. 1. praesumpt. 35. per tot.* eamque veriorem dixit *Bolognet. l. centurio. num. 86. infr. eod. tit.*

Exempla tacitae vulgaris haec à DD. nostris proponuntur. 11

PRIMVM omnino tacita est, quae in vnum tantum casum singularem substitutionis vulgaris, puta, noluntatis concepta, ad alium extenditur, vt si quis instituat Sempronium: & si Sempronius noluerit esse haeres, substituat Titium: erit substitutioni locus, si Sempronius morte aut alio impedimento haeres esse non potuerit. *l. Gallus. §. & quid si tantum. liber. & post.* Hanc omnino tacitam dixit *k* *Couarru. d. c. Raynut. §. 5. num. 5. ad princ. Leon. de vulg. substit. num. 29. Loriot. de apicib. iur. tit. de substitut. axiom. 11.* Bartolus tamen, & post eum DD. communiter hanc speciem non omnino tacitam, sed ratione casuum mixtam appellarunt.

SECVNDVM exemplum proponit *Fumaeus in tract. substit. num. 14. & 16.* de vulgari contenta sub compendiosa, vt vulgo appellatur. In forma enim (inquit) compendiosae substitutionis fit transitus ad speciem substitutionis sic, vt non remaneat genus substitutionis, sed ex ea eliciatur illa vulgaris, quam tacitam vel subauditam vocamus. 12

Verum

h Et sic implicite atque tacite dispofuisse videtur.

i Absurdum est illi partem denegari, quem totum habere testator voluit. Quare quum in pupillari substitutione pater substitutum omnia sua & filii bona habere voluerit: absurdum profecto esset, si illi bona paterna denegarentur: quod fieret, si vulgaris in pupillari non includeretur.

k Couarr. doctrina bene expẽsa defendi posse videtur. Prorsus tacita est, in qua vtrumq; extremum deficit. Fac substitutionem cõceptam in casu noluntatis, illum autem deficere, euenire casum impotentiae: hic verissimum est, illum casum, qui accidit, prorsus tacitum esse. De posteriori quoque extremo res certa est. Nam vbi substitutionis vox ad certam speciem noluntatis restringitur, generis vox esse nequit,

Verum Bartolus & interpretes communiter rectius docent, vulgarem ſub compendioſa contentam, poſterius extremum expreſſum habere, eoq; in genere expreſſam dici. Neq; verum eſt, quod Fumæus præſupponit, compendioſam certam ſubſtitutionis ſpeciem eſſe, vt ex iis, quæ ſupra circa ſubſtitutionis diuiſionem dicta ſunt, *l* conſtare poteſt.

l Aut caſus ſubſtitutionum directarum ſpectamus: & duo ſunt, non aditæ & aditæ hæreditatis: aut ſpecies, & ſunt quatuor, vulgaris, pupillaris, Iuſtinianea, militaris: aut formulas, & reciprocam atque compendioſam aliis ſubſtitutionibus accenſeri poſſe, dubium non eſt.

Scribit quidem *Aretin. hic.* textum *l. precibus. C. eod. tit.* probare, quod in compendioſa *m* magis comprehendantur vulgaris & pupillaris tacite, quam expreſſe, quum ibi alternatiua inter expreſſam & compendioſam ſubſtitutionem ponatur. Sed hæc ſententia nihil Fumæum iuuat: quum ille comparatiue loquatur, & negari non poſſit, vulgarem generaliter expreſſam, quæ ſc. in compendioſa continetur, in ſpecie aut ſingulariter expreſſam dici non poſſe: & proinde eam, quæ ſingulariter, aut in ſpecie expreſſa eſt, magis, illam autem in genere expreſſam, minus expreſſam dici.

m Nam non eſt incerti iuris, quod, ſi quidē in patris militis poſitus poteſtate, primo tantū caſu habuit ſubſtitutum, & patri hæres extitit: eo defuncto ad te omnimodo eius pertineat ſucceſſio. Si vero ſubſtitutio in ſecundū caſum, vel expreſſa vel (ita textū vulgo legunt) compendioſa non vſque ad certam ætatem facta reperiatur, &c.

TERTIVM exemplum eſt ſubſtitutionis vulgaris, quæ ſub exemplari continetur, *n* vt recte docet *Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 3. num. 8.*

QVARTVM exemplum eſt vulgaris, quæ ſub fideicommiſſaria continetur, in caſu ſpeciali. *l. neq; enim.* *o* *14. cum l. ſeq. infr. de teſtament. milit.* etſi fideicommiſſaria regulariter non trahatur ad vulgarem. *l. ille à quo. 13. §. ſi de teſtamento. in fin. infr. ad SC. Trebell. Mant. d. tit. 3. num. 11.*

n Quod iuris eſt de pupillari, idem eſt de quaſi pupillari. Sed pupillaris expreſſa continet tacitam vulgarem. Ergo idem erit in quaſi pupillari.

o Ibi libertas per fideicommiſſum à milite data erat. Fideicommiſſum autem requirit, vt hæreditas adeatur. Sed ibi hæreditas non fuit adita. Nam primus hæres & ſecundus deceſſerunt ante aditionem, qui eſt caſus vulgaris. Et tamen debetur libertas. Ergo fideicommiſſaria ibi continet tacitam vulgarem, quemadmodum expreſſa pupillaris & exemplaris eam continent.

13 QVINTVM exemplum proponunt DD. ex *l. fin. C. hæred. inſtit.* puta: ſi quis, Plotio ſibi hærede inſtituto, adiecerit: *Sempronius Plotii hæres eſto.* ſubſtitutio erit vulgaris. *d. l. fin. verſ. ſin autem nihil tale. Petr. Iacob. in ſua praxi, rubr. 130. de vulgari ſubſtitutione, num. 2.*

Hanc formulam tacitam, interpretatam, præſumptam, dubiam appellant, poſt antiquiores *Gomez. tom. 1. cap. 3. num. 26. Idem cap. 10. numer. 36. Vaſqu. de ſucceſſ. progreſſ. lib. 2. in præfat. num. 18. Leon. in tract. vulg. ſubſtit. nu. 32. Chifflet. d. c. 11.*

Porro quum ſubſtitutio prorſus tacita illa habeatur, in qua neque prius neque poſterius extremum expreſſum eſt: Formula autem *d. l. fin.* poſterius extremum expreſſum habeat, omnino tacita dici nequaquam poteſt, vt poſt *Azon. & Dyn.* annotauit *Bart. h. num. 17.*

Qui enim prius hærede Plotio ſibi inſtituto, ſic adiecit: *Sempronius Plotii hæres eſto.* ille ſe duos hæredum gradus facere, & Plotio Sempronium ſubſtituere ſatis aperte indicat. Ita quidem, vt non immerito Imp. in *d. leg. fin.* ſcripſerit, ex *p* conſequentia verborum, Plotium quidem inſtitutum, Sempronium autem ſubſtitutum inueniri.

p Eſt ſubſtitutio, quæ bona conſequentia ex verbis deducitur: ex verbis inquam. Ergo non tacita, ſed expreſſa. Vide, quæ dico *inf. q. 3. verſic.*

Quemadmodum enim generaliter expreſſa vulgaris intelligeretur, ſi Plotio inſtituto, Sempronium ſubſtituerem: Ita non minus in genere expreſſa hæc ſunt: *Plotium inſtituo: at Sempronius Plotii hæres eſto. Bologn. l. re coniuncti. num. 290. ad fin. infr. legat. 3.* Imo in ſpecie potius hæc vulgaris expreſſa eſſe videtur. Subſtitutio enim in dubio non obliqua, ſed directa iudicanda erit: *c. ſi pater. de teſtam. in 6.*

At hæc neq; pupillaris, neque Iustinianea esse potest: quum de extranei testamento agatur. Ergo in vulgarem tantum resolui potest, & per consequens in specie expressa intelligitur. Nam dispositio facta per verba generalia, quæ non nisi in vna specie verificari possunt, censetur esse specialis. *l.2.* q *de liber. & posth. Ias. hic. nu. 20 ibi Bart. Socin. num. 13. Bened. d. verb. si absq; liberis moreretur. in materia vulgaris, num. 17. Sfort. in materia vulg. substitut. q. 3. vers. tertio limitatur. & vers. hoc autem fallit in eo.*

q Dicit textus nominatim, exhæredatum filium intelligi hac formula: *Filius meus exhares esto*, si nec nomen eius expressum sit, modo vnicus sit. Paria ergo sunt, siue nomen proprium, aut casum indiuiduum exprimas, siue verbis generalibus vtaris: si modo illa in vnico tãtum casu verificari possint.

SEXTVM exemplum adducitur ex *l. Titius. 24. cum l. seq. supra tit. praced. de hered. instituen.* vbi hac formula testator vsus fuit: *Titius & Seius, vterve eorum viuet, hares mihi esto.* Dixit Vlpianus tacitam substitutionem videri inesse institutioni, quod de tacita vulgari interpretantur. *Alciat. h. num. 63. Zas. in tract. vulgar. substitutionis, vers. in secundo puncto. Trentacinq. de substitut. part. 1. c. 1. num 8. Chifflet. d. c. 11.* 14

Sed *Bart. & DD.* communiter existimant, præcitatam formulam esse reciprocam substitutionem generalibus verbis factam: ideoque non modo vulgarem, sed & pupillarem in genere expressam, sub ea, cæteris paribus, comprehendi. quam sententiam explicat *Couarru. ad d. c. Raynutius. §. 7. numer. 2.* & in eandem inclinare videtur *Leon. in tract. vulgaris, nu. 20.*

Ergo etsi gloss. in *d. l. quia tacita.* textum de vulgari tantum, sed verbis affirmatiuis facta, id est, posterius tantum extremum expressum habente interpretetur: hæc tamen sententia in idem recidit. Nam si verbis affirmatiuis facta substitutio præsupponatur: quin pupillarem quoque, cæteris paribus, contineat, negari non potest.

Prorsus tacita vulgaris illa est, quæ sub alia substitutione, in specie, vel singulariter expressa continetur. Et quum in talibus verbum substituendi vel ad certam speciem, aut ad certum indiuiduum restrictum sit: ac proinde in genere accipi nequeat: Hinc fit, vt eiusmodi tacitæ substitutiones non priore tantum, sed & posteriore extremo destituantur. Quærunt ergo DD. de formula *l. Titius. supr. tit. prac. (Titius & Seius, vterve eorum viuet, hares mihi esto.)* Aliqui dicunt, tacitam esse vulgarem. Mouentur per textum *l. quia facta. eod. tit.* Quum enim Iurisconsultus Pomponius in *dict. l. Titius.* formulam nostram retulisset: addit, Existimo, si vterque viuat, ambos hæredes esse: altero mortuo, eum qui superesit, ex asse hæredem fore. Vlpianus noster ad hoc responsum Pomponii adfert decidendi rationem in *l. sequenti.* Quia, inquit, tacita substitutio inesse videtur institutioni. Responsio. Tacitam quidem substitutionem appellat illam Iurisconsultus, quæ sub nostra formula continetur: Inde tamen non sequitur, quod prorsus tacita sit. Nam & eæ substitutiones, quæ sub reciproca, aut compendiosa continentur, tacitæ dicuntur: non tamen prorsus tacitæ, sed potius in genere expressæ sunt. Deinde clarum est, quod hæc vulgaris posterius extremum expressum habeat, propter verbum generale *(Hares esto)* quod ad nullum vel indiuiduum, vel speciem substitutionis restrictum est.

Habet etiam hæc formula *(Titius & Seius, vterve eorum viuet, hæres mihi esto)* duo subiecta, vnum prædicatum. Ergo ita resoluenda est: *Titius & Seius hares esto: vterve viuet, hares esto.* Hic est institutio, *Titius & Seius hares esto.* Adest & substitutio, *vterve viuet, hares esto.* Cuius hæc sententia est: si alter præmoriatur, alter illi hæres sit. Non enim pertinent hæc ad ius accrescendi: quum verba testatoris adsint. Et quum particula *(vterve)* ad vtrumque hæredem pertineat: quin hæc reciproca sit, dubitandum non est. Si est reciproca, vulgaris sub ea contenta, in genere expressa est.

SEPTIMVM exemplum est, si testator filium, & ex eo nepotem instituat. Nam ex communi & recepta DD. sententia, institutio intelligitur facta ordine successorio: & ex verosimili testatoris voluntate, duo sunt gradus distincti, etsi prima verborum figura vnus tantum appareat. 15

Perinde ergo hæc institutio est accipienda, ac si ita scriptũ esset: *Filium, & dein-*

& deinde nepotem instituo: quod gradatim accipiendum est. Inter r filium enim & nepotem respectu testatoris non solum ordo charitatis, sed etiam necessitas instituendi cadit: ita quidem, vt ex dispositione legis, post filium, nepos succedat, & instituendus sit. Verum, quæ in dispositione legis ordine successorio veniunt: ea si ab homine copulentur, ad intellectum iuris referri debent: si verosimilis voluntas testatoris concurrat: Vt proinde dispositio copulatiua, ex coniectura voluntatis in disiunctiuam resoluatur. ita est glossa ordinaria in *l. Gallus. §. quidam recte. verb. non exprimat. vers. quid autem si filium & nepotem natum institui, &c.* quam ibi DD. communiter sequuntur, & tanquam singularem & vnicam commendant. *de lib. & posthum. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 20. num. 119. Clar. § testam. q. 80. per tot. Dilect. de arte testan. tit. 4. de hæred. instituen. caut. 6. num. 4. Gomez. tom. 1. cap. 2. nu. 4. vers. quinto limita.* qui hanc communem & veram dicit. *Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 4. tit. 7. num. 1. cum seqq.* ibi hanc communem esse testatur, & omnibus fundamentis aduersæ partis s respondet. *Graff. §. institutio. q 20. num. 6. cum seq. arg. l. peto. 71. §. fratre.* t *infr. legat. 2.* Et hoc u casu nepos intelligitur vocatus per substitutionem vulgarem: si filius aut nolit, aut non possit adire hæreditatem: non per fideicommissariam. Quoties enim plurium institutio ordine successorio intelligitur: ad vulgarem substitutionem refertur: quum directis verbis facta, directo iure valere possit: ac proinde ad fideicommissariam substitutionem non trahatur. *d. c. si pater. de testam. in 6.* Filio ergo adeunte, nepos excluditur: & filius pro arbitrio de hæreditate sibi delata disponit & testari potest: quod ipsi minime permittendum foret, si per fideicommissum nepos vocaretur. *DD. locis relatis, Clar. & Gomez. vbi supra. Couarru. d. c. Raynutius. §. 2. nu. 7. Crauet. cons. 22. per tot.* qui hanc sententiam post alios explicant. *Graff. §. substitutio. q. 8. num. 11.*

r Ratio decidendi.

s Quod videl. successio non ordine successorio fiat, sed vna.

t Ibi fideicommissum relictum familiæ, petitur à tota familia, sed ordine successiuo, si in dispari gradu sint. Et loquitur ille textus in fortioribus terminis.

u Duæ difficiles quæstiones hic vertuntur, 1. Vtrū successio fiat ordine successorio, an nō? 2. Si fiat ordine successorio, vtrum nepos per fideicommissariā substitutionem, an per tacitā vulgarem vocatus intelligatur?

Hanc vulgarem substitutionem DD. nominant tacitam, *Zas. in tract. substitut. in materia vulgaris, versic. tertium punctum. Loriot. de apicib. iur. tit. de substitut. axiom. 11.* quod scilicet duo x gradus facti intelligantur, vbi vnus tantum secundum verborum corticem apparet. At quum in hac facti specie, vbi plures instituuntur, & dispositio testatoris ordine successiuo intelligitur, illa verba, quibus institutio fit, ad nullam substitutionis formam restricta, sed generalia potius sint: quin vulgaris nō prorsus tacita, sed in genere potius expressa dici possit, ambigendum non est per prædicta.

x Quo respectu sit tacita.

Hoc exemplum facit, vt tacitam vulgarem subdistinguere cum Zasio nostro cogamur, etsi ille in suo tractatu *substitut. vers. in secundo puncto. & vers. tertium punctum.* non satis feliciter distinguere videatur, ita dicendum: Aut substitutio vulgaris vere & prorsus tacita est, vt est, quæ vtroque extremo vulgaris substitutionis destituitur, & in pupillari expressa continetur: Aut prorsus tacita non est, sed priore quidem extremo, quod vulgaris proprium est, destituitur: posterius autem quoddam extremum habet, sed non tale, quo aut secundus hæredum gradus, vt hic, aut vulgaris substitutionis natura satis explicetur, vt in exemplo V. præcedente videre est. Si dixero, *Caium substituo*, satis exprimitur secundus gradus per posterius extremum, ita de similibus. At in exemplo hic proposito in verbis secundus gradus expressus non est. Quare quodammodo substitutio tacita est: etsi eo modo tacita non sit, vt illa vulgaris, quæ est sub pupillari expressa. In exemplo quinto proposito secundus gradus, secundum casum ab Imperatore propositum verbis satis expressus est: sed posterius extremum substitutionis, ibi non satis vulgari substitutioni conuenit. quare dubiam eam substitutionem veteres appellarunt, quæ proinde suo quodam modo tacita dici potest. At ita tacita non est, vt illa, quæ continetur sub pupillari expressa. Breuiter, hæ duæ formæ expressæ dici possunt, respectu illius speciei, quę sub pupillari expressa continetur, & primo atque posteriore extremo destituitur: etsi eo modo vt aliæ expressæ non sint.

Octavvm exemplum proponit *Loriot. d. axiom. 11.* quod videlicet 16
portio deficiens, quæ per ius accrescendi cæteris cohæredibus obuenit, ex tacita substitutione obuenire dicatur: & quod huius consequens est, ius accrescendi tacita quædam substitutio sit, per *l. si Titio. 63. §. 1. inf. legat. 2. & scribit Bald. in cons. 379. thema super quo petitur. num. 1. circa fin. libr. 4.* non reperiri alibi textum hoc dicentem, *Gomez. tom. 1. c. 3. num. 26. Vasqu. de success. progress. lib. 2. in præfat. num. 24. Trentacinqu. de substit. vulg. c. 14. num 3. Grass. verb. substitutio. q. 13. num. 2.*

Verum quum in illo textu nulla institutio sit: substitutio ne tacita quidem esse potest: neq; text. cohæredem ibi substitutum, sed quasi substitutum appellat. Alius ergo illius legis sensus est, vt per *Lancell. Polit. in tractat. substitut. vulgar. verbo, secundo quæro. num. 6. refert Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 10. num 3.*

Nonvm exemplum adfert *Bart. h. num. 17.* de formula *l. qua liberis. 8. §. hæc verb. infr. eod.* si testator dixerit, *quisquis mihi hæres erit, sit hæres impuberi filio meo.* Existimat enim hanc expressam pupillarem esse, quæ tacitam in se vulgarem contineat: & ita post *Iacobum Rauennatem & Cyn.* docet *h. & in d. §. hæc verba. num. 2.*

Verum *Azo & Dyn.* non tacitam, sed expressam vulgarem hac formula contineri dicunt, id est, vltra pupillarem. Quoties enim in pupillari substitutione, clausula, *si filius erit hæres*, adiecta non est, vulgaris in ea non tacite, sed expresse continetur, quod post alios recte docet *Alciat.* y *hic. nu. 25.*

Decimvm & maxime illustre exemplum vulgaris omnino tacitæ 17
est, quæ sub expressa pupillari continetur. Casus ergo, *si hæres erit, & impubes decesserit*, iuris interpretatione extensiua, ad casum, *si hæres non erit*, porrigitur.

Vbi notandum, inter omnes omnino DD. constare, quod vulgaris expressa tacitam pupillarem contineat, per *l. quamuis. 4. C. eod. tit.* At quod & pupillaris vulgarem contineat, iam olim inter duo clarissima iuris lumina, Q. Mutium Scæuolam, & L. Crassum controuersum fuit. Quum enim quidam Coponius posthumo pupillariter in hunc modum substituisset: *si mihi filius in decem mensibus proximis gignitur, isque prius moritur, quam in suam tutelam venerit, tum mihi Manius Curius hæres esto:* & nullus posthumus natus esset, eoq; casus vulgaris substitutionis accidisset, controuersia orta est inter Coponium testatoris agnatum, & Manium Curium substitutum: illo proximitatis iure ab intestato bona sibi vendicante, z quod substitutionis conditio defecisset, & casus pupillaris nullo modo ad casum vulgaris pertineret: hoc econtra allegante, hanc mentem testatoris fuisse, vt, si filius non esset, qui in tutelam veniret, Manius Curius hæres esset. Coponii causam Scæuola, Curii Crassus defendit: estque centumuirali iudicio pro Curio pronunciatum. Cuius illustris controuersiæ meminerūt *Cic. in 1. de Oratore, n. 99. ad fin. in Bruto, n. 177. ad fin. in Topicis, n. 224. in oratione pro Cecinna, n. 295. Quintil. libr. 7. instit. c. 7. Alciat. libr. 10. παρέργ. c. 24. Duar. ad tit. nost. h. rubr. de effectu pupillaris substitut. versic. sequitur aliorum verborum interpretatio. Vigl. in princip. num. 20 Institut. pupillar. substitut. Brisson. lib. 7 formul. fol. 679. versic. varie autem substitutio ista concipiebatur. Petr. Ærod. lib. 1. decret. tit. 45. de vulgari & pupillari substitutione. Boet. Epo in protheoria. l. Gallus. num. 4. de liber. & posthum. Mantic. de coniect. vltim. volunt. libr. 5. tit. 3. num. 5. Chifflet. de substitut. cap. 14. prope fin.* Verum hodie hæc lis aperte est dirempta ex Diui Marci & Veri constitutione in *leg. iam hoc iure. 4. infra eod.*

y Alciat. hæc rectissime docet. Sed male ibi Bartolum reprehendit, quod Azonem & Dynum ita intellexerit, quasi illi senserint, vulgarem expressam ibi esse, propter posterius extremum substitutionis exceptū. Recte enim procul dubio Bartolus illorum sententiam intellexit. Deinde & à noua distinctione Alciati, quam ibi tradit, cauendum.

z Agnatus verbis testamenti, substitutus mente testatoris suam causam defendit.

cod. vt dicit Alciat. d. c. 24. Mant. d. tit. 3. num. 5. Ita enim illum textum *Bart. & DD. omnes intelligunt.* quod non modo vulgaris expressa ad pupillarem tacitam: sed & pupillaris expressa ad vulgarem tacitam trahatur. Et hanc partem DD. nostri verissimam, communiter *a* receptam, ac veluti catholicam omnium sententiam esse scribunt. Vt proinde non impium *b* modo, sed & periculosum sit, ab ea recedere. *Bart. h. ibi Bart. Socin. nu. 13. Alciat. num. 20. Zas. num. 21. & reliqui. Duar. ad tit. n. h. sub rubr. substitutio quaedam est tacita, quaedam expressa. Brisson. loco relato. Guilh. Benedict. d. c. Raynut. verb. si absque liberis moreretur. el 2. num. 19. cum seq. ibi Couar. §. 5. num. 5. Vigl. loco relato. num. 19. Vasqu. de success. progress. lib. 2. §. 15. num. 1. cum mult. seq. Gomez. tom. 1. c. 3. num. 13. Mant. d. tit. 3. num. 5. & in suis tractatib. in materia vulgaris, puta, Zas. versic. tertium punctum prosequimur. Sfort. q. 3. vers. tacita autem vulgaris. Leon. num. 29. Trentacinq. c. 1. num. 9. cum seq. Chifflet. d. c. 11. iidem DD. in materia pupillaris & Graff. §. substitutio. q. 7. num. 5. & q. 28. num. 1.*

a Adde ad hanc partem, quae dico *infr. q. 4. effectu 2. circa fin.*

b Ita hyperbolice DD. loquuntur.

Etsi autem *Polit.* text. *d. l. iam hoc iure.* in vulgari tantum procedere contendat, quam ad pupillarem porrigi fatetur, non in pupillari: quum, vbi vulgaris expressa ad pupillarem porrigitur, de pupilli fauore ex testamento *c* agatur, cui imputari non potest, quod pater casum pupillaris non expresserit: Quae ratio in pupillari expressa omnino cessat: siquidem patri per vulgarem tacitam succeditur, cui merito imputari potest, cur vulgarẽ non expresserit: Et hanc Politi doctrinam *Vigl.* quoq; *loco relato* acriter defendat: aliosq; iuris interpretes in id adducat: Tamen recentiores vno ore Politum damnant, & Viglii coloratam sententiam verã non esse, *Vasq. d. §. 15. nu. 9.* pronunciat. Vt proinde à priore sententia recedendum non sit.

c Hanc rationẽ *Politi* inuertit *Mantic. de coniect. vlt. volun. lib. 5. tit. 3. num. 7.*

Tum (1) propter centumuirale arrestum & praeiudicium.

Tum (2) quod absurdum sit, illi partem bonorum, id est, bona paterna, quę in vulgarem substitutionem veniunt, denegari: quem testator omnia, id est, sua & filii bona habere voluit: & omnibus aliis, filio excepto, praetulit. *d. l. haeredes mei 57. §. cum ita. infr. ad SC. Trebell. Alciat. h. num. 20.*

Tum (3) quod omnino praesumendum sit, si testator filio prouidere voluit, quod sua dispositione multo magis sibi ipsi voluerit prospicere. *Sfort. in tract. vulgar. substitut. q. 3. vers. tacita autem vulgaris.*

Tum (4) quod hęc sententia apertissimo iure, puta, *d. l. iam hoc iure.* nitatur, cui sine aperta calumnia responderi non potest. Vtq; hoc planissime constet, ad textum illum, quem *Bart. & Ias.* pulchrum & notabilem esse dicunt, breuem & perspicuam exegesin proponemus.

18 *L. iam hoc iure.* tres principales partes sunt.

I. Ius Diuorum fratrum, quod substitutio in alterum casum expressa, in vtrumq; facta esse intelligatur: quae est regula.

II. In secunda refertur ius Diui Pii, quae à Iurisconsulto vt ampliatio proponitur. Quod videlicet idem ius sit in reciproca. Vt quemadmodum formula vulgaris duas substitutionis species, formula pupillaris duas substitutionis species complectitur: ita idem in formula reciprocae sit.

III. In tertia habetur ius Seueri & Antonini, qua exponitur fallentia ad praecedentem ampliationem, seu ad ius Diui Pii.

Quod reciproca ita demum duas substitutiones contineat: si illi, quibus substituitur, pares sint, id est, si vterque sit impubes.

In huius fallentiae expositione, reliqua textus pars tota consumitur. Tradit enim Iurisconsultus duas cautelas, quibus hoc casu pater testator vti possit, si filii impares, id est, si vnus pubes, alter impubes sit.

Prima cautela est, vt pater singulis separatim substituat.

Sepa-

Separatim, id est, 1. Vt non faciat substitutionem, illo communi verbo, vos inuicem substituo: sed orationibus separatis. 2. Vt faciat substitutiones separatas & diuersas, id est, puberi vulgariter, impuberi pupillariter. Ita pupillaris continet vulgarem. 3. Vt non faciat vnam speciem vulgaris bis, id est, in duabus orationibus.

Ratio decidendi, cur vnam vulgarem bis fieri non expediat, tradit Iurisconsultus, ibi, Ne si vulgari modo.

Secunda cautela hæc est: Dixit Iurisconsultus non expedire, vt duæ vulgares fiant. Si tamen pater omnino duas vulgares facere voluerit: consilium est, vt quæstionis euitandæ gratia impuberi pupillariter quoque substituat.

Modestinus.

L. iam hoc iure.

Hoc principio textus Modestinus IC. constitutionem Diuorum fratrum, id est, Marci Antonini Philosophi & Lucii Aurelii Veri Commodi proponit. *Tiraquell. de iure primigen. q.17. opin.4. num.27. Rauard. lib.3. ambiguit. c.10. nu.9. & 10.* Cuius hæc sententia est, quod pater substituendo impuberi in alterum casum, in vtrumque substituisse intelligatur. *d* Et notandum, quod absolute textus dicat, In alterum casum. Neque enim aut distinguit, aut vnum casum magis quam alterum exprimit: sed indistincte procedit, tradendo regulam generalem: quod substitutio in alterutro ex illis casibus facta, in vtroque facta esse censeatur.

d Quãdo lex coadiuuet dispositionẽ testatoris, ita vt ea de casu ad casum extendatur, perpulchram regulam explicat *Barthol. Socin. h num.31. vers. vltimo confirmatur.* Quando scilicet testator solenniter testatur, nec est in culpa, tunc si euenit casus improuisus à testatore, qui tendit ad inualiditatem testamenti, eo tempore, quo testator non potuit prouidere, & sic non fuit in culpa prouidendi, tunc lex coadiuuat dispositionem testatoris. Aliquando testator est in culpa, vel quia non solenniter est testatus, vel quia euenit casus, tendens ad inualiditatem testamenti, eo tempore, quo potuit prouidere, & ex negligentia non prouidit. hoc casu lex non coadiuuat voluntatem testatoris, nec à principio, nec ex post facto, si eueniat casus improuisus. *Hæc ille.*

Hæc sunt certissima & clarissima, & ita textum hunc exponunt *Bart. ibi & Bald. Ang. num.1. Alberic. de Rosat. ante num. & num.2. Castr. num.1. Imol. num.1. & 2. Alex. num.1. Ias. num.1. & 2. Zas. nu.2. & 4. vers. ex hoc textu. Denique omnes, qui supra adducti sunt, & præcipue Alciat. d.c.24. Mant. de coni. vlt. volunt. lib.5. tit.3. num.5. Leon. in materia pupillaris substitutionis, num.202. Trentacinq. de substit. part.1. c.1. num.10.*

Et hoc primum fundamentum est communis opinionis contra Politum. 19

Ratio dubitandi *e* ad hoc principium l. n. desumi potest ex *l. commodissime* ff *10. supr. lib. & posthum.*

Cui oppositioni duobus modis respondet *Bald. ad l. n. num.1. vers.1.* Verum illius solutiones ab *Alex. nu.6. & Imol nu.7.* exploduntur. *f* Aliter *Bart.* *g* respondet *num.1.* quem *Alex. & Imol.* quidem probant: sed *Ias. num.* *h* *3.* improbat. Videnda autem, quæ in rem pręsentem tradit *Bened.* *i* *d. verb. si absque liberis moreretur. in mat. vulgar. num.27. & Leon. in mat. vulg. substit. num.51. vers. non obstante modo. Cuiac. in d. l. commodissime. ad fin.*

Rationes autem decidendi ex iis, quæ iam proposita sunt, petantur.

Porro

e Multæ rationes dubitandi proponi possunt ex doctrina *Vigliana in prin. Inst.*

f Prouisio in vnum casum non trahitur in alium.

g Bartolus, substitutio (inquit) de necessitate debet habere conditionem propriam: ideo si testator substituit in vnum casum, illam conditionem de necessitate posuit: non videtur ergo excludere alium casum. Contrarium, cum similibus textibus, loquitur in dispositione, quæ de necessitate nullam habet conditionem.

h Iason negat omnem conditionem in substitutionibus necessario poni. Vt, si quis dicat: *institno Titium, & si ante me moriatur, substituo.* aut similem casum indiuiduum ponat. Talia enim de necessitate non ponuntur.

i Textus *l. commodissime.* loquitur in institutione, quæ est de forma testamenti. Ergo expressa & specifica esse debet: neque sufficit tacita. At substitutio de forma testamenti non est. Ergo ibi latiorem interpretationem facimus, vbi mens testatoris concurrit. Sed Leonius existimat: quum claram legis decisionem habeamus, facientis extensionem de casu ad casum, non esse contendendum. Mihi sententia Domini Cuiacii probatur, quam loco præcitato adfert.

Porro regulam Diuorum *k* fratrum: quod alter casus ad alterum trahatur: duobus modis hic textus limitat: 1. *in verf. sed si alter.* in substitutione imparibus facta, quod etiam verum in simplici vulgari imparibus facta, *l. quamuis. C. eod.* 2. ibi, *Ita enim altero.* si mens testatoris non refragetur, *Leon. in materia vulgari, nu. 119. 120. qui hinc grauissimam quæstionem decidit.* intelligatur. *Menoch. de præsumpt. tom. 1. præsumpt. 35. num. 10. & seqq.*

k Regula Diuorum fratrum generalis, quod alter casus ad alterum trahatur. Aliæ possunt dari speciales: puta, 1. Quod vulgaris trahatur ad pupillaré. 2 Quod pupillaris trahatur ad vulgarem. Quæ sigillatim erunt examinandæ.

Quod ius.

20 Hæc est secunda pars textus n. in quo ius Diui Pii refertur: *Bald. hic.* Ille est Antoninus Pius, qui frequentissime in iure nostro Diuus Pius appellari solet, & M. Antoninum Philosophum cum fratre L. Aurelio Vero adoptauit. *Tiraq. de iure primigen. q. 17. opin. 4. num. 27. Rauard. lib. 4. ambig. c. 10. num. 1. cum seq.*

Etsi autem Modestinus hoc ius D. Pii tanquam ampliationem & extensionem ad ius quod in principio textus habetur, (vt scilicet substitutio impuberi in alterum casum facta, in vtrumq; facta intelligatur) referat: Minime tamen hæc de constitutione Diuorum fratrum & ita accipienda sunt, quasi illa Diui Pii lege ad reciprocam substitutionem extensa sit. Quum enim pater ante filios imperio præfuerit: Non ergo constitutio Diuorum fratrum, quæ, rerum potiente Diuo Pio Antonino, nondum exstitit, ab illo extendi ad reciprocam vllo modo potuit, vt ad vnum omnes, & inter illos etiam *Duar. ad tit. n. hic, rubr. substitutio quadam est expressa, quadam tacita.* opinionis errore lapsi existimarunt. Sed aut IC. ideo hæc ita refert, quod regulam de primo & secundo casu substitutionis constituere & proponere, ius autem de tertio genere tanquam extensionem ad regulam subiicere maluit: aut hæc sententia textus est, ius illud, quod ante Diuos fratres sine certa lege viguit, vt ex centumuirali arresto causæ Curianæ liquet, Diui Pii constitutione ad tertium quoque substitutionis genus tractum esse. *l*

l Ideo IC. nõ absque mysterio dixit: Ius, de quo in principio textus retulit, ad tertium substitutionis genus tractum videri.

21 Huius autem versiculi duplex apud interpretes nostros expositio extat.

DD. enim communiter textum intelligunt de reciproca, cui casus vulgaris aut pupillaris expresse insertus non sit: puta, si pater *m* duos filios impuberes hæredes instituat, eosq; inuicem hoc communi, id est, vt DD. exponunt, generali verbo, (eosq; inuicem substituo) sibi inuicem substituerit: quod hoc compendio verborum contineatur vterq; casus in persona vtriusq;, & casus, (si hæres non erit) atque casus, si hæres erit & impubes decesserit. *Ita DD hic. & Duar. sub rubr. substitutio quadam est tacita, quædam expressa. Leon. in pupillari. num. 202. Trentacinq. d. c. 1. num. 5.*

m Hoc exemplum, quo textus vtitur, satis indicat, IC. de reciproca, communi verbo facta, loqui.

Vt proinde secundum DD. hæc sententia IC. sit: Quemadmodum formula vulgaris expressa, duas substitutiones, formula etiam pupillaris, duas substitutiones continet: ita idem de formula reciprocæ iuris esse.

Æquiparat enim IC. formulam vulgaris & pupillaris substitutionis, quo ad substitutionum duplicitatem, non quo ad dispositionis identitatem.

Quum ergo hæ formulæ inter se comparentur, & reciproca, cæteris paribus, indistincte duos casus contineat: quod omnes fatentur: idem etiam non modo de formula vulgaris, sed & de formula pupillaris dicendum erit. Ita post DD. tradunt *Leon. & Trentacinq. locis relatis.*

Alii autem hunc versiculum de reciproca, continente casum vulgaris,

aut pupillaris substitutionis, exponunt: puta, testator dixit: si quis eorum mihi hæres non erit, eos inuicem substituo: sub hac reciproca substitutione continetur vulgaris expressa, quæ tacitam & interpretatam pupillarem sub se comprehendit. Idem est, si testator ita scripserit: si alter eorum mihi hæres erit, & impubes decesserit, eos inuicem substituo. Hæc enim pupillaris in specie expressa tacitam vulgarē continet ex communi DD. sententia. de qua per *Trentacinq. part. 1. c. 1. num. 5.* & hanc sententiam magis textui conuenire arbitrantur.

Tum (1) quod hic versic. ampliatio sit ad regulam, in principio textus propositam. Quare de genere regulæ ampliationem esse conuenit.

Loquitur autem regula de expressa vulgari, continente tacitam pupillarem, & econtra de expressa pupillari, continente prorsus tacitam vulgarem. Ergo de reciproca illo communi verbo (eosq; inuicem substituo) facta, minus commode accipi posse videtur: quum vulgaris & pupillaris in ea contentæ, non prorsus tacitæ, sed in genere expressæ sint.

Tum (2) quod textus dixerit ius, de quo in principio textus, tractum, id est, per interpretationem extensiuam productum esse ad reciprocam. *Ita Ang. h. num. 2. Alex. num. 2. Zas. num. 2. vers. secundum punctum. Bened. d. verb. si absq; liberis moreretur. el 2. in materia vulgaris, num. 20. 21.*

At reciproca generali verbo facta, absque vlla interpretatione extensiua, vtrumque casum vulgaris & pupillaris substitutionis continet per interpretationem declaratiuam, quod ex omnium interpretum receptissima sententia recte scribit *Bened. loco relato.*

Tum (3) quod textus in *n* principio, isto casu loquatur, quando alter casuum vulgaris aut pupillaris substitutionis expressus est: quod tunc substitutio in vnum casum expressa, ad alterum trahatur.

n Verba, quibus Iurisconsultus in principio textus, & in vers. nostro vtitur, verba impropriatatis sunt, & substitutionem nō expressam, sed tacitam significant.

Quum autem hoc non aliter nisi per suppletionem, aut interpretationem extensiuam fieri possit: IC. eiusmodi verbis vtitur, quibus substitutiones prorsus tacitæ significantur. Ait enim substitutionem in alterum casum factam, in vtrumque factam intelligi, quod verbum (intelligatur) indicat eas substitutiones, quæ sub altero casuum expressorum veniunt, ex iuris suppletione & interpretatione, non ex verborum proprietate contineri: ideoque nullo modo expressas dici posse.

Porro IC. similibus verbis in versiculo hoc nostro vtitur. Neque enim hoc solum dicit, ius, de quo in principio textus, ad reciprocam tractum esse: sed porro addit: si pater duos filios impuberes reciproce sibi substituat, in vtrumq; casum substitutionem factam videri.

Non ait, factam esse, sed videri: quod profecto impropriatatis verbum est: & vtrumque casum non ex proprietate verborum inesse, sed altero casu expresso, alterum per suppletionem & iuris interpretationem venire significat.

At reciproca, quæ sine expressione casuum, communi verbo facta est, vtrumque casum propter verbum generale, proprie continet, vti plerique sentiunt.

Siue autē primam illam, siue secundam expositionem sequaris, secundum argumentum hic contra Politum concluditur: quod non tantum vulgaris pupillarem, sed & pupillaris vulgarem tacitam contineat.

Nam IC. id, quod de casu primo & secundo vulgaris atque pupillaris expresso constitutum fuerat, ad tertium quoq; substitutionis genus, id est, ad reciprocam tractum esse dicit.

Reci-

Reciproca autem siue generali verbo facta sit, siue in se expressam vulgarem, aut pupillarem contineat, indistincte in vtrumque casum facta intelligitur.

Ergo idem profecto ius in principio textus de vulgari & pupillari indistincte fuit constitutum. *Ita Leon. in materia pupillaris substitutionis, nu.202.*

22 Versamur adhuc in illius sententiæ expositione; Vtrum pupillaris substitutio expressa, vulgarem tacitam contineat.

Pro sententia affirmatiua quatuor argumenta extant in *l.4.h.tit.* cuius exegesin nunc propono, vt communis opinionis certitudo & veritas omnibus innotescat.

Primum fundamentum desumitur ex regula Diuorum fratrum, pertinente ad vulgarem & pupillarem simul.

Secundum desumitur ex iure Diui Pii.

Æquiparat enim ille vulgarem & pupillarem substitutionem reciprocæ.

At reciprocæ formula, duas species continet, vulgarem & pupillarem.

Ergo idem erit de vulgari & pupillari formula.

Et hoc argumentum concludit, siue versiculum nostrum de reciproca, communi verbo facta, siue de reciproca, cui vulgaris aut pupillaris casus expresse insit, interpretemur.

Recitaui tamen tria argumenta, cur probabilius videatur, quod versic n.h. de reciproca, cui casus vulgaris vel pupillaris insit, accipi debeat.

1. Quia in princip. textus regula proponitur in versic.n. ampliatio. At ampliatio de natura regulæ est.

2. Quia Iurisconsultus ostendit, se de tali reciproca agere, vbi interpretatione extensiua opus sit. At in reciproca communi verbo facta, illa opus non est.

3. Quia verba, quibus Iurisconsultus in princip. text. & in versic. n. vtitur, indicant eum de eiusmodi formis substitutionum agere, quæ tacitæ sint.

23 Et hæ quidem receptæ textus nostri expositiones sunt.

Aliis tamen videtur, DD. nostros hisce duab. expositionib. quas ad versic. nostrum attuli, mentem IC. non satis esse assequutos.

Quod enim versic. n. de reciproca loquatur, quæ per verbum generale, *o* id est, tale, quod vt genus vulgarem & pupillarem substitutionem comprehendat, facta sit: id præcitatas rationes tres non admittere contendunt.

o Aliud verbum cōmune, aliud generale.

Minus autem illis alter sensus placet, quod Iureconsultus de reciproca, cui casus vulgaris vel pupillaris expresse insit, in hoc textu agat: quum verba textus refragentur.

Postquam enim Iureconsultus dixerat, ius, de quo in principio textus, ad tertium quoque genus substitutionis fuisse pertractum, mox rem omnem, de qua locutus fuerat, apertius declaraturus, oculis spectandam subiicit. Nam si pater, inquiens, duos filios impuberes hæredes instituat, eosque inuicem substituat, in vtrumque casum reciprocam factam videri, Diuus Pius constituit. Nulla hic aut vulgaris, aut pupillaris, quæ in reciproca expressa sit, mentio habetur. Quin potius Iureconsultus in vers. seq. disertis verbis indicat, se de reciproca simplici, quæ communi verbo *(eosque inuicem substituo)* facta sit, agere.

Quare magis illis placet, etsi verbum Substituo ad substitutionem vulgarem & pupillarem generale sit: in reciproca tamen substitutione hoc commune verbum *(vos inuicem substituo)* vulgarem tantum substitutionem ante D. Pii legem in dubio fuisse *p* complexam.

p Non est nouum, generale verbū ad speciem certam restringi.

Tum (1) quod formula reciprocæ *(eos inuicem substituo)* non minus atque vulgaris substitutio, omnibus omnino testamenti factionem actiuam habentibus, communis sit. Quare illum sensum formulæ huic, qui omni-

bustestatoribus conueniret, id est, casum vulgaris substitutionis in dubio adhiberi oportuit. Hinc videmus, etsi reciproca substitutio omnibus formis substitutionum accommodari possit: in institutionibus tamen Iustiniani nostri & Theophili, non pupillari, sed vulgari substitutioni illam coniungi. *q*

q Reciproca vulgari substitutioni coniungenda.

Tum (2) quod præcitata tria fundamenta hoc ipsum satis probent.

1. Est enim hic versiculus ampliatio ad principium textus: Quare non minus atq; principium de certo casu, qui aut expressus sit, aut pro expresso habeatur: & ad non expressum porrigatur.

2. Deinde, quod in principio textus dicitur, ad versiculum nostrum tractum est. Ergo etsi formula *(eosque inuicem substituo)* communis dicitur: generalis tamen non est: sed ad certum casum pertinet. Nam si generalis *r* esset, nulla extensione D. Pii opus fuisset.

r Si generalia hæc verba essent, vi sua absq; vlla extensione casum pupillaris & vulgaris complecterentur.

3. Præterea verba improprietatis, quibus textus in princ. & in versiculo nostro vtitur, satis ostendunt, Iureconsultum de interpretatione extensiua agere: vbi vnus casus specialis ad alium specialem trahatur. Ergo & præcitata verba communia de casu certæ speciei accipere nos oportet.

Illa igitur verba textus nostri (*Sed si alter pubes, alter impubes hoc communi verbo, eosq. inuicem substituo, sibi fuerint substituti*) secundum illos hoc volunt, eos, qui reciprocam olim facerent, verbo communi, id est, vulgari *s* (vos inuicem substituo) vsos: *Ita Forcatul. Dialogo 24. n. 5.* & hanc formulam tantum ad vulgarem substitutionem pertinuisse: sed postea D. Pii lege ita extensam esse, vt hodie etiam pupillarem tacitam contineat.

s Non generali. est quidem substituo generale verbum: sed genus ad speciē restringi posse nihil dubitandum.

Hinc pupillarem sub reciproca contentam tacitam esse dicunt. Ita sentire videtur *gl. h. verb. quod ius. ibi Castr. num. 2. Raph. Fulg. Christoph. Castell. & Aretin. l. in testamento. C. de testam. milit.*

Verum hæc sententia etsi colorata sit, non tenetur. Nam DD. communiter *t* id quod de communi verbo textus dixit, aliter exponunt: quod videlicet verbum Substituo generale sit, ac proinde substitutioni vulgari & pupillari æque conueniat. *Ita Bart. h. vers. sed si alter. nu. 2. Bald. nu. 1. Castr. ad vers. quod ius. num. 4. Alex. num. 3. Imol. nu. 3. Leon. in materia compendiosæ substitutionis. num. 38.*

t DD. hunc terminum communi verbo trib. modis exponunt: 1. Aliqui dicunt, verbū substituo esse commune, id est, neque directum, neq; obliquum esse: & addit *Imol. num. 3.* si ita accipiatur, hunc textum non esse alibi. 2. DD. Bart. & alii dicunt, hūc sensum non conueniret textui. Exponunt ergo textū, vt dixi, quod commune verbum, sit verbum generale. 3. expositio est Forcatuli, quæ, si verum fateri volumus, colorata est.

Et ab hac recepta atque præiudicata DD. opinione, quod reciproca ex verborum proprietate non modo vulgarem, sed & pupillarem substitutionem in genere expressas contineat, in iudicando & consulendo minime recedendum est.

Ad tertium quoque genus) Hic textus, qui reciprocam tertium genus 24 substitutionis appellat, non est alibi, secundum *Imol. h. num. 2.*

Reciprocam) Non habemus textum alibi ita denominantem hanc substitutionem. *Imol. h. num. 2. ibi Alex. num. 2.*

Sed si alter pubes) Hæc est tertia textus nostri particula, in qua D. Pii 25 ius limitatur per Constitutionem Septimii Seueri Perinacis patris, & Antonini Bassiani Caracallæ *u* filii, quem pater participem imperii fecerat, *Tiraq. loco relato nu. 27. Rauard. d. c. 10. n. 12. 13.* Cuius limitationis hæc sententia est: quod reciproca substitutio imparibus facta, ad eum tantum casum pertineat, qui vtrique conuenit. *Ita Bart. Bald. & reliqui h.*

u Hic Getam fratrem interemit, vt solus rerum poti-retur: eundem postea in numerum Deorum retulit. Sit Diuus (inquit) dum non sit viuus. Interfecit Serenum virum doctissimum: Æmylium Paulum Papinianum securi percuti iussit, quod parricidium diluere oratione recusaret. Iuliam nouercam, cuius filium interemerat, vxorem duxit. Ita parricidio incestum coniunxit. *Auentinus in Caracalla.*

Supra

Supra vrsi vim huius verbi (videri.) At hoc in versu Iurisconsultus idem repetiit, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem Seuerus & Antoninus constituerunt. Ergo hoc verbum necessario non infert, quod Iurisconsultus de tacitis substitutionibus agat. Sed aduerte, quod textus non dixit, in vulgarem casum substitutionem factam videri: Ita enim obiectio ad rem pertineret: sed addit particulam exclusiuam tantummodo. In vulgarem (inquit) casum tantummodo substitutionem factam videri. Hic merito Iurisconsultus eo verbo vsus est (videri) vt ostenderet non de verborum proprietate, sed de iuris interpretatione quæri. Quando reciprocam facit testator, nullum dubium est, quin vulgarem fecerit. Hoc est expeditissimum. Sed duplex hic occurrit quæstio, ad iuris interpretationem pertinens, quando videlicet reciproca in vtrumque, & quando in vnum tantummodo casum facta videatur. Et sicut iuris interpretatione opus est, vbi extensiua interpretatio facienda: ita rursum eadem opus est, vbi de interpretatione iam facta rursum limitanda agitur. Diuus Pius ante Septimium Seuerum & Antoninum constituerat, reciprocam in vtrumque casum factam videri. Hæc constitutio extensiua rursum limitanda est, in reciproca imparibus facta. Ergo interpretatione opus est. Breuiter: ius interpretatur tacitam defuncti voluntatem, in vtroque casu, siue imparibus, siue paribus substitutio reciproca fiat. Si paribus facta sit, interpretatur substitutionem in vtrumque casum factam videri. Si imparibus, interpretatur in vtrumque casum factam non videri: sed verbis standum esse. Et hoc est, quod textus dixit, in vulgarem tantummodo casum, id est, non in vtrumq; factam videri. Nihil ergo hæc superioribus aduersantur.

Incongruens enim videbatur.) Ratio decidendi: quòd vna determinatio respiciens plura determinabilia, determinet ea æqualiter: modo casus talis sit, vt determinatio vniformiter operari possit. *Ita Bart. & Bald. ad hunc vers. notant. Alber. de Ros. ante num. Ang. nu. 5. Imol. nu. 4. Castr. ad vers. quod ius. num. 6. Alex. num. 4. Ias. num. 10. vsq. ad fin. Zas. nu. 6. 7. 8. Delrio in remissione, in editione nouissima. Bartol. in l. si legatarius. §. fin. infr. de legat. 3. Socin. reg. 547. vna determinatio. Marian. Socin. Iun. cons. 1. num. 48. lib. 4. Cephal. cons. 485. numer 77. 97. & 100. Idem cons. 573. num. 1. & 18. Menoch. cons. 88. num. 22. lib. 1. Porc. cons. 54. num. 26.*

26 Porro, quemadmodum reciproca communi verbo (*vos inuicem substituo*) imparibus facta, ad casum pupillaris non pertinet: ita idem est in hac formula, impuberem puberi, & puberem impuberi substituo: si scilicet semel tantum testator verbo substituendi vsus: ac proinde vna commemoratione & connexe, non separatim substitutio facta sit. *Ita Castrens. h. num. 8. Alex. num. 8. Zas. num. 11.* Nam in casibus coniunctis præcitata ratio militat (quod videlicet vna determinatio non debeat determinare inæqualiter) & multo magis idem dicendum fuerit (eadem scilicet ratione) quando simplex vulgaris substitutio imparibus facta est. tacitam enim pupillarem non comprehendit. *Ita est textus in l. quamuis. 4. ibi DD. C. de impub. & aliis substitut. Dec. l. in testamento. num. 7. C. testam. milit. Alber. de Rosat. ad text. n. h. num. 2. Zas. num. 12. Leon. in tractat. vulg. substit. num. 119. 120.* Quibus addenda, quæ dico infra q. 4. principali, circa effectum 3. vulgaris substitutionis, ampliatione 2.

Hoc itaq; casu singulis.

27 Hęc est quarta pars textus, complectens prouisiones Iureconsulti Modestini duas, quam *Bald. hic* in tria dicta distinguit. Quando enim testator non connexe & coniunctim, seu vno verbo, sed seorsim filio puberi & impuberi substituere vult, id tribus modis accidit. 1. enim impuberi pupillariter, puberi vulgariter: 2. vtriq; vulgariter: 3. puberi vulgariter, impuberi vulgariter & pupillariter substituere potest.

Prima prouisio IC. hæc est, quando testator filium puberem & impuberem habet, vt illis non communi verbo (eosque inuicem substituo) sed singulis separatim, id est, nō modo diuersis orationibus: sed & diuersa forma substituat, puberi quidem vulgariter (quo casu nulla pupillaris tacita locum habere potest: quum requisita deficiant, & puberi pupillariter substitui nequeat) impuberi autem pupillariter. Quo casu disertis & expressis verbis scribit Iureconsultus, puberem fratrem in vtrumque casum, id est, vulgariter & pupillariter substitutum videri, & per consequens, expressam pupillarem vulgarem tacitam continere.

Estque hic tertium fundamentum contra Politum, & textus non modo expressus, sed in terminis terminantibus expressissimus, quod & ipsemet Politus agnoscit. Et licet textum clarissimum ita eludere velit: quod IC. in sequentibus sese rursum correxerit, dum ait: euitandæ quæstionis gratia, impuberi in vtrumq; casum substituendum, quasi scilicet voluntatis quæstio relinquatur, si in pupillarem tantum casum substitutio expressa sit: Quæ etiam sententia fuit Bulgarini de Senis in disputatione, incipiente, *Sempronius*, vt refert *Ruin. cons. 131. nu. 6. lib. 3.* Hæc tamen mera somnia, aut nimias subtilitates esse, recte *Leon.* scribit in *tr. pup. subst. nu. 101.*

Tum (1) quod nemo se in continenti corrigere præsumatur. *l. non ad ea. 89. infr. cond. & demonstr.* & correctio est euitanda, nisi quatenus expressim facta reperiatur. *l. præcipimus. in fin. C. de appellat. l. sancimus. C. de testam. c. cum expediat. de elect. in 6. Leon. loco relato, num. 203.*

Tum (2) quod in sequente particula text. non dubitetur, vtrum pupillaris expressa tacitam vulgarem contineat. Id enim clarissime IC. hic decidit. Sed hoc in quæstionem ibi venit: an vulgaris expressa contineat pupillarem. Neq; hoc quæritur simpliciter: sed de ea facti specie disceptatio est, quando imparibus personis duæ vulgares factæ sunt. Quare ad vulgarem, quę vni tantum filio & pupillo fit, hęc sententia nō pertinet. Eiusmodi enim vulgarem expressam, pupillarem tacitam continere inter omnes constat: multo minus ad pupillarem, quæ vni filio impuberi à patre facta est, hæc doctrina trahenda erit. Quem casum clarissime IC. hic decidit.

Tum (3) quod admissa Politi opinione, ex hisce, quæ modo dicta sunt, consequatur: si pupillaris expressa vulgarem tacitam non contineat: & sic IC. sese ipsum in sequentibus correxerit: quod multo minus vulgaris expressa, de qua sequens versiculus *x* diserte agit, pupillarem tacitam comprehensura sit: & sic non modo huius nostri textus, sed & tota materies substitutionum tacitarum euertetur.

x Si vers. sequens non agit de vulgari tantum, tum indistincte loquitur: si indistincte loquitur, tum totum, quod in præcedentibus dictum, corrigitur.

Tum (4) quod referendo *y* vltimum versum textus ad casum vulgaris & pupillaris, secundum Bartolum & communem intellectum, minime ibi corrigantur præcedentia: sed ponatur potius IC. consilium, vt omnis quæstio prorsus euitetur. *Ruin. cons. 131. nu. 6. lib. 3.* Quum negari non possit, etsi vnus casus ad alterum regulariter porrigatur, circumstantias tamen incidere posse, ex quibus voluntatis quæstio suscitetur, vt est textus h. & in *d. l. quamuis. C. eod.*

y Etiamsi concedatur, quod vltimus versus etiam ad pupillarem pertineat: inde tamen nō sequitur, quod Iuriscōsultus se rursum correxerit: sed hoc potius, quod plenius consilium dare voluerit.

Politus non negat in hoc textu claris verbis decidi, quod pupillaris expressa tacitam vulgarem contineat: sed dicit Iurisconsultum suam sententiam in finalibus verbis textus denuo corrigere, dum consulit, vt pater, qui duos filios impares habet, impuberi in vtrumque casum expressim substituat. Refellitur *Politus* multis modis: sed ad duo argumenta potissimum attendendum.

I. ARGVMENTVM.

Versic. fin. text. n. non pertinet ad quæstionem nostram: num pupillaris ad vulgarem

garem porrigatur: sed ad quæstionem de duabus vulgaribus: numnam altera, quæ impuberi facta est, pupillarem comprehendat.

Ergo hic versiculus male à Polito detorquetur ad nostram hanc quæstionem.

Antecedens probo: versiculus fin. tantum ad illum casum pertinet, vbi quæstio voluntatis incidere potest. (Nam euitandæ quæstionis gratia vltimum illud consilium Iurisconsultus proponit.)

In casu nostro, quando pater duos impares filios habet, & puberi vulgariter, impuberi pupillariter substituit, nulla quæstio voluntatis est: sed in illo altero, quando duas vulgares facit.

Ergo Iurisconsulti prouisio vltima ad casum nostrum non pertinet: sed ad illum alterum tantum, in quo Iurisconsulti prouisione opus fuit.

II. ARGVMENTVM.

Demus sane versic. fin. non tantum de duabus vulgaribus, sed etiam de altero illo casu loqui: quando puberi vulgariter, impuberi pupillariter substituitur: quod bene concedi potest, & communiter conceditur: non tamen inde sequitur, Iurisconsultum se denuo corrigere: sed potius plenius aliquod consilium proponere. Sin autem & hoc addatur, Iurisconsultum sese ibi denuo corrigere, tum ita ad impossibile Politum reducimus.

Versic. fin. generaliter loquitur (id est, non tantum casum duarum vulgarium, sed & casum nostrum, vbi puberi vulgaris, impuberi pupillaris facta est, comprehendit.)

Versic. autem finalis est correctorius.

Ergo generaliter corrigit.

Et per consequens, neq; pupillaris ad vulgarem, neq; vulgaris porrigitur: & sic tota tacitarum substitutionum materies tollitur.

Dicat aliquis, tu cauillaris.

Politus non negat, vulgarem simplicem non comprehendere pupillarem, neque hoc ex ipsius sententia colligi potest. Sed illud tantum inde sequitur: si duæ vulgares factæ sint, vt in textu nostro, quod vulgaris in persona impuberis pupillarem non comprehendat.

Ego ex recepta omnium DD. sententia respondeo: inter duas vulgares separatas & vnam, non posse distingui, vt paulo post ad verbum (ne si vulgari modo, in versic. Non autem diserte, &c.) deducitur.

Si ergo isto casu, vbi duæ vulgares separatim factæ sunt, in persona impuberis non continebitur pupillaris, ne isto quoque casu continebitur, vbi vna tantum vulgaris facta est.

28 Ex hoc autem versic. concluditur, differentiam esse, vtrum substitutio disparibus, sub vna commemoratione, aut sub diuersis fiat. Nam vno verbo connexe facta, vno & eodem modo atque vniformiter in vtraq; persona intelligitur, per ζ rationem præcitatam: quum propter vnionem sermonis videantur quodammodo in vnum corpus & in vnam qualitatem redacti: ita vt dictum de vno, intelligendum sit de alio, *Bart. h.* At quando separatim conficitur, formæ inæqualiter intelliguntur, prout conueniunt personis, quibus factæ sunt. *text est hic, ibi Bart. Bald. num. 23. Imol. num. 5. Castr. vers. quod tu. num. 7. Alex. num. 6.* ζ Quod vna determinatio, &c.

Ne si vulgari modo.)

29 Consuluit IC. si pater duobus imparibus substituere velit, vt puberi vulgariter, impuberi pupillariter substituat. & hoc posteriori casu in formula pupillaris substitutionis etiam tacitam vulgarem contineri dixit. Nunc rationem prouisionis suæ addit: ne si separatim vtriq; vulgariter tãtum substituat, quæstio voluntatis excitetur: quum pater bis vulgariter substituerit, vtrum ita disponendo, voluerit vnius qualitatis esse illas vul-

gares, ita, vt sicut puberi facta non comprehendit pupillarem: ita etiam impuberi facta ad pupillarem extendenda non sit.

Non autem diserte concludit Iureconsultus, quod vulgaris hæc in persona impuberis pupillarem tacitam non comprehendat. Sed hæc sententia illius est, consultum non esse, vt eiusmodi duæ vulgares imparibus fiant: quum quæstio voluntatis *a* inde nasci possit.

DD. tamen nostri concludunt, regulam, Quod vulgaris ad pupillarem extendatur: etiam hic procedere: quum propter separatas conceptiones & substitutiones de qualibet separatim iudicetur, nec de vna ad aliam inferri possit. Ita sensit Martinus, *b* cuius opinionem *gloss. hic, verb. intelligatur.* veriorem dixit. sequitur *Bart. h. Alberic. de Rozat. num. 2.* veram dicit, & ab omnibus approbatam *Ang. num. 3. & 4. Castr. vers. quod. ius. num 7. & 8.* qui ampliat. *Alex. num. 6. Zas. num. 4. & 12. Dec. l. in testamento. num. 7. C. de testam. milit.* Communem, quam omnes Itali teneant, & veriorem dicit atq; defendit *Trentacinq. de vulg. substitut. c. 11. num. 3. 4. 5.*

a Quomodo autem voluntas probetur, tradit *Loriot. de apicib. iur. tit. de substit. axiom. 14.*

b Ille ergo fundata intentione nititur, qui regulam iuris pro se habet: Aduersario probandum aliud testatorem sensisse.

Ita enim.

Rationem addit IC. dicto præcedenti: cur tutum non sit, vt duobus imparibus filiis duæ vulgares fiant: & quando cesset coniectura voluntatis, declarat *Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 4. per tot.* 9

Porro ex hisce verbis quartum argumentum contra Politum deducitur. Primo enim IC. regulam Diuorum fratrum generaliter absque vlla distinctione casus vulgaris aut pupillaris repetit, quod in altero casu, id est, vel vulgari, vel pupillari, vtraq; substitutio intelligatur. Deinde hanc regulam, addita limitatione (si voluntas parentis non refragetur) magis contra Politum corroborat & extendit. Si enim alter casus ad alterum extenditur, nisi voluntas testatoris refragetur: sequitur casum pupillaris substitutionis expressum, omnino ad vulgarem tacitam porrigi debere: quum voluntas testatoris nō modo non refragetur: sed hic maxime concurrat. Si enim testator hæreditatem suam, quæ ad filium peruenit, imo suam & filii hæreditatem substitutum habere voluit: multo magis credendum, quod voluerit illum habere partem, id est, suam hæreditatem tantum, si ad filium non peruenisset.

Deinde si testator filio prouidere voluit, multo magis verosimile est, quod sibi quoque voluerit prouidere. *DD. ad l. 1. hic. ibi Alciat. num. 20. Sfort. in prælud. substitut. 2. part. q. 3. vers. tacita autem vulgaris.*

Dicere ergo, quod hoc in casu voluntas testatoris refragetur, est delirare, & contra communem omnium sensum loqui, vt non immerito Leonius dogma Politi merum somnium appellauerit. Vel certe euitandæ quæstionis gratia.)

Altera hæc est prouisio Modestini, vt impuberi euitandæ quæstionis gratia, in vtrumque casum expresse substituatur. quæ immediate ad præcedentem casum & versiculum refertur. Non enim IC. hic de substitutione aut vulgari, aut pupillari, quæ vni alicui personæ fiunt, agit, quasi tunc quęstio voluntatis sit, num alter casus alterum, cęteris paribus, comprehendat. Hunc enim punctum clare in principio textus decidit. Neq; etiam de diuersis substitutionibus, quæ imparibus fiunt, differit, quasi tunc indistincte quæstio voluntatis relinquatur. Nam in versicul. (Hoc itaque casu) apertis verbis pronunciauit, si pater liberis separatim, id est, puberi vulgariter, impuberi pupillariter substituat: quod pupillaris ad vulga-

vulgarem casum trahatur. Sed de casu immediate præcedente, id est, de duabus vulgaribus substitutionibus separatis, ex quibus voluntatis quæstio existere potest, textus accipiendus est.

Dixerat noster Modestinus, singulis separatim, id est, puberi vulgariter, impuberi pupillariter substituendum. Dissuaserat duas separatas vulgares, ne voluntatis *e* quæstio relinqueretur: vtrum vulgaris in persona pupilli ad pupillarem extendi posset. Huic casui ad duas vulgares pertinenti, pleniorem adhibet medelam, vt omnis quęstio voluntatis excludatur. Estque textus sententia: Etsi propter quæstionem voluntatis tutum non sit, vt duobus imparibus filiis duæ vulgares separatim fiant: si tamen omnino pater vtrique separatim vulgarem facere velit, optimum esse, vt in persona impuberis pupillarem expressam addat. Ita enim omnem de quæstione voluntatis dubitationem prorsus cessare.

Quum ergo in hoc versiculo, non de pupillari sed econtra potius de duabus vulgaribus, & in specie de vulgari illa, quæ impuberi facta est, ad pupillarem tacitam extendenda agatur: Hinc manifestissimum omnibus euadit: Positum hoc versu, in quæstione illa, num pupillaris expressa ad vulgarem extendatur, abuti: & communem sententiam verissimam esse.

Hæc ergo de exegesi huius l. 4. & de exemplis prorsus tacitæ vulgaris substitutionis sufficiant.

e Si Iurisconsulti consiliũ spectamus, res omnis certa est. Quando duæ vulgares fiunt, quęstio voluntatis suscitari potest. At quo pacto quæstio voluntatis euitatur, inquies? Respõdet ille, si impuberi in vtrumq; casum substituatur. Medela hæc est Iuriscõsulti, ad illum casum pertinens, vbi ea opus est, de quo locutus fuerat. Non enim valentibus, sed infirmis remedia adhibentur.

32 Versamur adhuc in diuisione vulgaris. Dixi, prorsus tacitam esse, quæ vtroque extremo destituitur. Recitaui omnia exempla. Probaui sufficienter, sub pupill. contineri tacitam vulg. & hoc fine exeg. *l. 4.* proposui. Nunc quia semel in hanc materiam sum ingressus, recitabo ampliationes & fallentias omnes, de quibus mihi constat: in quibus pupillaris ad vulgarem tacitam trahitur aut non trahitur. Deinde veniemus, DEO volente, ad alias species vulgaris substitutionis.

Ad hoc autem, *d* vt pupillaris substitutio prorsus tacitam vulgarem contineat, necessum est, vt verba illa pupillaris substitutionis (*Si hæres erit*) fuerint expressa.

Nam & de vulgari substitutione idem iuris est, vt tum prorsus tacitam pupillarem contineat, si verba specialia (si hæres non erit) aut singularia (si hæres esse nolit, aut non possit) fuerint expressa. Aliud, si illa tantum pupillaris verba expressa sint (*Si in pupillari* e *ætate decesserit.*) Nam in eiusmodi formula duæ continerentur verbis generalibus expressæ, *f* pupillaris scilicet & vulgaris: quum verba ad nullam speciem restricta, sed generalia sint, quæ vtrumque sensum æqualiter recipiunt, quemadmodum & in reciproca atque in compendiosa (vti vulgo appellatur) contingere solet. *DD. h. ibi Alciat. num. 21.* qui Decium ab hac sententia leuiter recedere ait, *Couarr. d. c. Raynutius. §. 5. nu. 5. in princ. & vers. ex quibus infero.* dicens hanc sententiam communem: quod præcitata specialia verba in pupillari substitutione necessaria sint ad hoc, vt vulgaris sub ea contenta, plane tacita dicatur, *g* &c. *ibidem Benedict. verb. si absq; liberis moreretur. cl. 2. in materia vulgaris. num. 22. 23. Sfort. de substitut part. 2. quæst. 3. vers. limitatur autem quando pupillaris. Trentacinq. de substitut. part. 1. c. 1. num. 16.* & hanc eandem communem, à qua recedendum non sit, dicit *Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 3. num. 14.* sequitur *Grass. verb. substitutio. qu. 7. num. 5. & 6.* Hæc

d Requisitũ materiæ huius, vt pupillaris in specie sit expressa. Ratio decidendi: quia tũ vulgaris tacita dicitur, si vtroque extremo destituatur.

e Baldus existimat, hanc esse compendiosam, & continere vulgarem & pupillarem expressam in genere. Hoc posterius dictũ ab omnibus cõmuniter approbatur. Prius autẽ, quod hæc sit compendiosa quædam, reprehendit *Benedict. hic relatus. nu. 23.* Sed Baldum defendit *Mantic. de coniect. vlt. vol. libr. 5. tit. 3. num. 14. cum sequentib.*

f Hæc verba (*Si in pupillari ætate decedas*) non sunt specialia verba, & propria pupillaris, sed illa (*Si hæres erit.*) Vbi ergo specialia & propria verba non sunt expressa, posterius extremum restrictum non est. Vbi non est restrictum, generale est, & per consequens, substitutiones in genere expressæ sunt.

g Vsus magnus est huius inuestigationis, vtrum vulgaris contenta sub præcitata forma, sit expressa in genere, vel omnino tacita. Nam omnino tacita matrem pupilli non excludit. At ea, quæ in genere expressa est, matrem excludit. Quum eosdẽ effectus cum expressa in specie habeat, vt postea declarabitur. *Barth. Socin. h. n. 13. Bened. loc. rel. n. 23.*

Hæc ſententia, quod pupillaris, verbis ſpecialibus expreſſa, tacitam vulgarem contineat, ampliatur 1. vt idem ſit in pupillari reſtricta ad breuius tempus, puta, ad decem annos, eſt communis. *Gomez. tom. 1. c. 3. num. 11. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 3. num. 21.* 33

Amplia 2. vt pupillari ſubſtitutione per pubertatem inſtituti filii extincta, *h* non tamen extinguatur vulgaris quæ ſub ea continetur.

Verum quia hæc ſententia controuerſa eſt, diſtinctione explicanda erit.

h Caſus talis dari poteſt. Inſtituo filium impuberem, & ſi hæres ſit, atque in pupillari ætate, vel intra ſecundum, tertium, quartum, quintum, aut decimum ætatis annum decedat, ſubſtituo Caium. Filius ille meus pubes factus, aut (ſecundum alium caſum) decimum annum egreſſus eſt, &, me viuo, (idem ſecundum DD. ſi me mortuo) deceſſit. Per pubertatem euanuit pupillaris. Quæritur, quum caſus vulgaris extiterit: quia ille filius meus hæres factus non eſt, ſed, me viuo, mortuus, numnam ex ſubſtitutione tacita vulgari ſubſtitutus admittatur? Ratio dubitandi multiplex adferri poteſt. Sed hæ videntur præcipuæ. 1. Teſtator prouidendo ad certum tempus, & ſe ad illud reſtringens, videtur in aliud tempus prouidere noluiſſe. *l. ſi ita quis. 21. infr. eodem. l. ſtatu liberum. 11. §. Stichum. infr. legat 2. l. Imperator. 8. ſupr. poſtulando.* 2. Sublato expreſſo, id eſt, expreſſa ſubſtitutione vulgari, etiam videtur extincta tacita, quæ ſub ea continetur, &c. Hiſce rationibus non obſtantibus, DD. reſpondent per diſtinctionem, vt hic.

Aut enim ſubſtitutio facta eſt ſine vlla temporis præfinitione, ita ſcilicet, filio meo impuberi Titium ſubſtituo: *i* Aut etiam facta eſt in tempus longius, quam ſit tempus pupillaris ætatis: puta ita, ſi filius meus deceſſerit infra 25. annos, talis hæres eſto: aut ita: filio meo quandocunque deceſſerit, Caius hæres eſto. Et hiſce caſibus ſatis inter DD. conſtat, finita pupillari per pubertatem, non tamen finiri vulgarem: Tum (1) quod ſatis appareat, voluntatem & prouiſionem teſtatoris non fuiſſe ad pupillarem ætatem reſtrictam. Tum (2) quod certum ſit, aliam vulgaris, aliam pupillaris ſubſtitutionis naturã eſſe: & pupillarem quidem pubertate inſtituti filii finiri, non etiam vulgarem. Ita docet *Bart. h. nu. 65. Barth. Socin. nu. 60 & Zaſ. de vulgar. ſubſtit. §. nunc veniendo. verſ. ſecunda concluſio.* De hac ſententia non eſſe controuerſiam ſcribit *Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 6. num. 2. verſ. de ſecundo & tertio.* Vt proinde communi DD. calculo recepta ſit. *Vaſq. de ſucceſſ. creat. lib. 3 §. 21. num. 244. Trentacinq.* k *in tract. vulgaris. c. 22. num. 1. & 2. Graſſ. verb. ſubſtitutio q. 16. num. 1.*

i Contra hoc exẽplum, & alia, vbi nulla prorſus temporis præfinitio facta eſt, aliqui ita argumentantur: Vna determinatio, reſpiciens multa determinabilia, determinat ea æqualiter. Sed hæc formula (*filio impuberi Titiũ ſubſtituo*) reſpicit pupillarem & vulgarem. Quare haſce ſubſtitutiones determinat æqualiter. Et per cõſequens, ſicut pupillaris, ſub hac formula contenta, extinguitur pubertate, ita etiam vulgaris extinguetur. Hoc argumentum recitat *Trentacinqu. de vulgar. ſubſtitut. cap. 22. num. 2.* Reſpondeo ad maiorem: Vna determinatio determinat æqualiter, &c. id eſt, ſalua actuum ſubſtantia & natura intrinſeca. Non enim abolet hoc principium iuris actuum ſubſtantialia aut naturalia: neque facit confuſionem actuum: ſed intelligitur, ſalua actuum ſubſtantia & natura. Ita hæc formula (*Vos inuicem ſubſtituo.*) continet vulgarem & pupillarem, & verbum *ſubſtituo* vtramque ſubſtitutionem determinat æqualiter, ſed ſalua actuum ſubſtantia.

k Bartolus coniungit caſus, quando nulla temporis præfinitio facta, & quando facta, ſed in longius tempus. Trentacinq. doctrinæ cauſa hos caſus diſtinguit, poſt Vaſquium.

Sed obſeruandum, hæc quidẽ veriſſima eſſe, verum incommodius hoc loco à DD. diſputari: quum vulgaris, quæ ſub præcitatis formulis continetur, haudquaquam prorſus tacita, ſed in genere potius expreſſa ſit, & ſub pupillari ſingulariter expreſſa non contineatur. Vt proinde fruſtra quærant DD. num pupillari extincta, vulgaris etiam, quæ nullam hic à pupillari dependentiam habet, ſed per ſe conſiſtit, atque formulis illis abſq; iuris ſuppletione ex verborum generalitate ineſt, extinguatur. Recte ergo *Couarru.* vulgarem omnino tacitam ab ea, quæ in genere expreſſa habetur, in hac diſputatione diſtinguit. *d. c. Raynutius. §. 5. num. 5. verſ. & ſane in hac controuerſia.*

Hæc formula *filio meo impuberi Caium ſubſtituo*, ad nullam ſpeciem ſubſtitutionis eſt reſtricta. Quare ex generalitate verborum continet vulgarem & pupillarem. Noſtra autem quæſtio eſt de vulgari tacita, contenta ſub expreſſa pupillari, num illa extinguatur, extincta

tincta pupillari. Ita hæ formulę *Filio meo, si intra 25. ætatis annum decesserit, Caium substituo:* aut, *Filio meo, quandocunq; decesserit, Caium substituo*, non sunt formulæ pupillaris substitutionis, sed compendiosæ: quibus vulgaris nō per interpretationem extensiuam, sed declaratiuam, id est, proprie & propter verborum generalitatem inest. Imo, etsi in compendiosa casus pupillaris foret expressus: puta, si ita diceretur: *Si heres erit, & in pupillari ætate, vel postea quandocunq; decesserit*, adhuc vulgaris non prorsus tacita, sed potius in genere expressa diceretur. *Alciat. h. num. 12. & 13.* Qua de re infra DEO volente, suo loco videbimus.

Aut substitutio cum præfinitione temporis facta est: *l* & hoc quidem casu Bartolus porro non distinguit: sed *Ioann. de Imol. nu. 11. & post eum Bart. Socin. nu. 20.* subdistinguendum putant, vtrum substitutio pupillaris ad pupillares annos, an vero ad breuius aliquod tempus restricta fuerit.

Quando tempus aliquod præfinitum est pupillari expressæ, tres DD. opiniones sese offerunt. Nam I. Bartolus, & qui illum sequuntur, indistincte tradunt, siue pupillaris ad pupillarem ætatem, siue ad breuius tempus restricta sit finita pupillari, extingui & vulgarem tacitam, sub ea contentā. II. Alii, vt *Ripa, Alciatus, Gomezius*, indistincte contrarium tenent, quod neutro casu extinguatur vulgaris tacita. III. Alii distinguunt, vtrum pupillaris sit ad breuius tempus restricta, & tum ea extincta, censent extingui & vulgarem: an vero sit restricta ad ætatem pupillarem, & tum finita pupillari, aiunt, non finiri vulgarem. Hæc opinio distinguens verior, & hodie etiam receptior videtur. Loriotus tamen in apicibus iuris *tit. de substitut. axiom. 43.* aliam sententiam habet.

l Couarr. d. c. Raynutius. §. 5. num 5. versic. porro substitutio. existimat, illam substitutionē dici restrictam, si ita fiat: *Fil. meo, si intra pupillarem ætatem decesserit, substituo Caium.* Hāc autem non putat restrictam, si ita dicatur: *Substituo filio meo impuberi Caium.*

Nam si filio ita pater substituerit, (*filio meo impuberi, si hæres erit, & ante decimum ætatis annum decesserit, substituo Caium*) & is decimum annum attigerit, aut etiam egressus sit, non modo pupillarem expressam, sed etiam vulgarem tacitam, quæ sub illa, ex iuris interpretatione continetur, extingui multi verius putant. Nam testator, qui ad certum tempus, quod nō est ex natura essentiali pupillaris substitutionis, se restringit, vltra illud non prouidere intelligitur. *l. si ita quis.* m *21. l. qui plures. 38. l. ex facto. 43. § item quæro. infr. vulg. & pupill. l. statu liberum. 11. §. Stich. infr. legat. 2. l. Imp. 8. supra, postulando.* Quum ergo tacita vulgaris per iuris interpretationem ex tacita mente testatoris procedat: hic autem post eiusmodi tēpus limitatum præsumpta voluntas testatoris cesset: sequitur, & iuris interpretationem cessare: *n* ac proinde extincta pupillari expressa, & vulgarem tacitam extingui. Ita *Bart. h. num. 65.* & omnes DD. qui paulo post in sequenti membro adducuntur, indistincte *o* tenent. *Trentacinq. de vulg. substitut. c. 22. ad fi. vers. quartus casus.* Quibus pro intellectu *d. l. si ita quis.* addatur *Decian. cons. 34. num. 102. lib. 3.*

m Si ita quis substituerit, *Si filius meus intra decimum annū decesserit, Seius heres esto.* Deinde hic ante quartumdecimū annum, post decimū decesserit: magis est, vt non possit bonorū possessionem substitutus petere. Non enim videtur in hūc casum substitutus. DD. hinc colligunt regulam: Concessum ad tempus censeri postea prohibitum. Tiber. Decian. negat, hoc ex textu isto sequi: sed hanc inde regulam colligi dicit, quod substitutus ad tempus non censeatur vltra illud substitutus ex dispositione testatoris.

n Quia non distinguunt, vtrum pupillaris ad ætatem pupillarem, an vero ad breuius tempus restricta fuerit.

o *Couarr. d. §.* videtur hoc argumentum diluere. Restringens substitutionem ad certum tempus, videtur voluisse, ne vltra id tempus ea substitutio extenderetur. Hoc verum est (inquit ille) quo ad substitutionem expressam pupillarem, non quo ad vulgarem tacitam. At communiter DD. visum est, hic tacitam & præsumptam defuncti voluntatem post tempus limitatum in totum cessare.

Contra hanc tamen sententiam *p* tenent *Ripa hic. num. 225. ibi Alciat. numer. 160. cum seq. Couarr. d. §. 5. nu. 5. Vasq. de succes. creat. lib. 3 §. 21. num. 244. & de success. progress. lib. 2. §. 11. num. 46. Gomez. tom. 1. c. 3. num. 30. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 6. num. 2. & seq. Chifflet. de substit. c. 18. ad fin.*

At si substitutio pupillaris ad pupillarem ætatem restricta sit: hic maximus DD. conflictus est. Per aduentum namq; pubertatis vulgarem sub expres-

p Hi indistincte contra Bartolū tenent, id est, quod vulgaris non extinguatur, extincta pupillari per pubertatem, siue restricta, siue non restricta fuerit. DD. ideo adduco: quia Vasquius & post Vasquium Grassus, quinimo & Trentacinquius existimant, tantum Ripam & Alciatum hanc sententiam impugnare: quum multo plures DD. sint, qui pro contraria sententia propugnant.

expreſſa pupillari contentam euaneſcere, tradunt *poſt Dyn. Iacob. de Aren. Guilhelm. cum Bart h. num 65. ibi Alexan. num. 43. Alberic. de Rozat. ad rubr. h. num. 19. Idem in l precibus num 11. C. eod. Ang. l. in pupillari ad fin. infr. eod. Bald in l. lex Cornelia ad fin ibi Caſtrenſ. num. 3. ad fin. infr. eod. Benedict. d. c. Raynutius. loco relato in materia vulgaris, num. 138. Rolandin. de teſtam. part. 1. rubr. 23. nu. 41. Zaſ. in tractat. vulgar ſubſtitut. circa fin. verſ. ſecunda concluſio. Graſſ §. ſubſtitutio. quaſt. 16. num. 1.* magis communem dicens. Quam ſententiam alii quoque communem eſſe teſtantur & probant.

Tum (1). quod ex reſtrictione, quæ ad ætatem pupillarem facta eſt, ſatis appareat, teſtatorem vltra illud tempus prouidere noluiſſe, per *d. l. ſi ita quis.* cum ſimilibus ſupra adductis.

(At huic rationi DD. reſpondent, quod tunc demum limitandi animo tempus additum intelligatur, quando non ex *q* natura actus ineſt: ſed vltro à teſtatore adiicitur. aliud eſſe contendunt, quando tempus ex natura actus ineſt. tum enim illud limitatiue aut taxatiue adiectum non intelligitur, ex quo omnino ineſſet, quamuis expreſſum non fuiſſet. Ita poſt alios *Trentacinq. d. c. 22. num. 4. verſ. tacita vulgaris.* Et rectiſſime *Imol. hic. numer.* r *11.* ſcribit, iura à Bartolo adducta, iſto demum caſu loqui, quando pupillaris non ad pupillarem ætatem, ſed ad tempus breuius limitata eſt. Id enim tempus, quum ex natura pupillaris ſubſtitutionis ita non inſit, reſtrictionis cauſa additum intelligi.)

Tum (2) per alia ſex fundamenta, quæ ordine diſſoluit *Mant. d libr. 5. tit 6. num. 6. cum ſeq.*

Quum ergo hæc antiquorum & Bartoli opinio nullo ſatis firmo fundamento nitatur: concludendum eſt, contrariam opinionem tenendam, quam probat Accurſius in *l. lex Cornelia.* s *28. ſuper verb. duodecim tabularum. infr. eod. Imol. h. num. 11. ibi Barth Socin. num. 60. Franc Ripa num. 225. Alciat. num. 160. Salycet. l. ſi teſtamento. num. 14. C. eod. tit. Couarru c. Raynutius. dict. §. 5.* vbi hanc opinionem vndecim fundamentis propugnat. *Vaſqu de ſucceſſ. creat. lib. 3. § 21. num 244. & de ſucceſſ. progreſſ. lib. 2. §. 11. num. 46.* quibus in locis ſcribit, hodie hanc communem modernorum opinionem videri. *Gomez. d. cap. 3. num. 30. ibi Soarez. in addit.* dicens hanc veriorem, & forſan non minus receptam ſententiam videri. *Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 3. interpr. 2. dub. 1 ſolut. 5. num. 63. Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 3. num. 18. verſ. ſed alia ratione. & latiſſime tit. 6. num. 2. cum ſeq.* Quibus accedant DD. in ſuis tractat. vulgar. ſubſtitut. vt *Sfort. q. 6. prope fin.* qui ait, ſibi ſemper hanc placuiſſe ſententiam, quam etiam acutiſſimus Iureconſ. Ioannes Baptiſta Corneus iunior in publica diſputatione Peruſii egregie defenderit. *Trentacinq. d. c. 22. num. 2. verſ. tertius caſus. Chiffet. d. c. 18.*

q Expreſſio temporis in pupillari, aut eſt præfinitio ordinaria, ex natura actus procedens. de illa regula teneatur: Quod expreſſio eorum, quæ tacite inſunt, nil operetur. Aut eſt præfinitio extraordinaria, minoris temporis, ex natura actus nō procedens. Illa quū tacite ita non inſit, vt expreſſa eſt, teſtatoris voluntatem oſtendit, quod ad certum tempus, nō vltra illud, prouidere voluerit.

r Reſponſio ad iura, quibus Bartolus vtitur.

s Ibi in gloſſa talem caſum ponere licet: Pater ſubſtituit filio pupillariter, filius pubes in poteſtate hoſtium deceſſit: ita extincta eſt pupillaris p pubertatem. Extitit autem caſus vulgaris: quia filius patri hæres factus non eſt Dixit gloſſa, ſubſtitutum admitti ex tacita vulgari. contenta ſub pupillari. Et ſic ibi aperta gloſſa eſt ad hoc, quod vulgaris tacita non extinguatur, ſi extincta ſit pupillaris expreſſa, ſub qua contenta fuit vulgaris. Et hanc gloſſam omnes DD. pro hac ſententia adducunt. Solus, quantum mihi conſtat, Couarru. loco relato, verſ. cæterum hæc opinio, &c. exiſtimat, illam gloſſam in ſpecie de pupillari, ad certum tempus reſtricta, non agere. Sed decipitur. Gloſſa enim indiſtincte loquitur. Ergo & de reſtricta pupillari loquitur: præſertim quum hoc de pupillaris natura ſit, vt ad pupillarem ætatem reſtringatur.

Tum (1) quod aperta regula iuris ſit, pupillarem expreſſam ad vulgarem tacitam trahi, quæ in hoc caſu noſtro in iure limitata non reperitur, quinimo text. *d. l. iam hoc iure.* clare hanc contrariam ſententiam probat. Nam ſtatim in princip. dicit, ſubſtitutionem in alterum caſum factam, in vtrumque factam videri: & per conſequens, hanc formulam pupillaris ſubſtitutionis, ad pupillares annos reſtrictæ (*Si hæres erit, & impubes*

bes t *decesserit*) ad alterum illum casum vulgaris substitutionis (*Si hæres non erit*) extendi. Neque distinguit IC. vtrum casus vulgaris ante vel post pubertatem euenerit. Deinde in versic. *Si autem impubes*, idem denuo decidit, pupillarem restrictam ita factam (*Si impubes hæres extiterit, & intra pubertatem decesserit*) vulgarem casum indistincte continere. Quod argumentum tanto fortius stringit: quum in hoc versic. & in versic. fin. IC. paria esse ostendat, siue sola pupillaris impuberi, siue vtraque vulgaris & pupillaris illi facta sit. Sicut ergo vulgaris cum pupillari impuberi simul facta, pubertate non extinguitur: ita idem credendum, cum ex pupillari tacite colligitur. *Alciat. hic num. 161.*

t Ecce pupillarem restrictã ad tempus pupillaris ætatis.

Tum (2) quod tempus u pupillaris ætatis in vulgari aut intelligatur repetitum: & constat per aduentum pubertatis vulgarem tacitam in pupillari expressa contentam non extingui. Nam tunc sensus esset: si pupillus hæres non erit infra pupillarem ætatem, substitutus hæres esto. At non intelligitur repetitum, & frustra tempus pupillaris ad vulgarem substitutionem trahitur. Ita argumentatur *Salycet. d. l. si testamento. num. 14.* Plura huius sententiæ fundamenta videnda apud DD. locis relatis, & maxime apud *Ripam & Couarru.*

u Dilemma Salyceti.

34 Etsi autem Theophilus in *suis Institut. tit. de pupill. substitut. in princip.* scripserit, in filio, vno duntaxat in casu, locum esse vulgari substitutioni, si videlicet filiusfamilias ante patrem testantem decedat: aliud, si ante filium decedat pater: quum tunc statim patri fiat hæres: neque abstinendo nomen hæredis ponat. Vnde *Loriot. de apicib. iuris tit. de substitut. axiom. 43.* x nullum distinctionis præcitatæ vsum esse putat, si testatori filius superstes sit: y tamen quum ideo pater testamentum ζ condat, vt filium non ex potentia suitatis tantum, sed potius ex dispositione sua, quæ potissimum consideratur, *l. qui liberis 8 § hæc verba. infr. eod.* atq; proprie, & cum effectu hæredem habeat: *Sfort. Odd. DD. de restitut. part. 2. quæst. 62. art. 8. numer. 102. Graff. §. hæreditas. quæst. 5. num. 1.* Et proinde horum verborum (*Si hæres non erit, & si hæres erit*) hic sensus sit: si filius ex testamento & proprie hæres sit, aut non sit: *l. 3. C. eod. tit. arg. l. ex contractu. 44. infr. de re iudic. Sfort. d. art. 8. num. 102. Cuiac. l. ait prætor. alias incipit, Etsi sine dolo. §. sed quod Papinianus. supr. de minorib.* atq; constet abstentionem repudiationi comparari: *l. pro hærede. 26. §. pen. acquir. hæred. l. nam nec. 91. infr. legat. 1.* & filium, qui expresse abstinet, ex testamento proprie, id est, re & effectu suum hæredem nõ esse. *DD. in l. si filius qui patri. ibi Zas. num. 18. infr. eod. Duaren. ad tit. nostrum hic, sub rubr. de effectu vulgar. substitut. versi. cæpimus ostendere. Sfort. in materia vulgaris. qu. 6. vers. limitatur tertio quando pupillaris ad fin. Loriot. de apicib. iur. tit. de substitut. axiom. 57. Cuiac. in tractat. ad Affricanum. ad l. si mater. §. si filius. infr. eod. tit. l. etsi sine. 8. §. si quod Papinianus. supr. minorib. leg. 1. §. qui sunt.* a *si quis omiss. caus. testament.* Hinc ergo sequitur Lorioti præcedentem sententiam, filio expressim abstinente, tutam non esse: & vulgarem substitutionem dari posse, etsi patri testatori filius sit superstes, dummodo diserte se à patris hæreditate abstineat. *Bart. h. num. 3. Couarru. in d. c. Raynut. §. 5. nu. 5. vers. ex proxime annotatis.* vbi ait: obtinuisse, quod testamentum possit incipere à tacita vulgari, quę post mortem testatoris appareat, pupillo repudiante.

x Lorioti doctrina est imperfecta. Hoc enim solum dixit, quid iuris sit, si pater ante filium moriatur. Alterum casum, si filius ante patrẽ moriatur, prorsus omittit. Sed hoc procul dubio sensit, distinctionẽ interpetum ad hunc posteriorem casum pertinere.

y Loriotus ibi adducit Theophilum & *l. 1. §. qui sunt. si quis omiss. caus. testament.* Quem §. *Cuiac. in tract.* ad Affricanum ad *l. si mater. §. 1. inf. eod.* pro contraria sententia adducit.

ζ Pater vult hæredem habere ex testamento: quare ad substitutionẽ quod attinet, non spectamus, num filius abstinens ex potentia suitatis hæres sit: sed numnam ex testamento hæres sit. Sententia ergo est, si hæres eris, id est, ex testamento: si hę res nõ eris, id est, ex testamento. In casũ ergo, quo ex testamento filius hæres sit, aut non sit, substitutio facta intelligitur.

a Etsi DD. triplicem suitatem faciant: plenissimã, quando filius se immiscuit: plenam, quando se neq; immiscuit, neq; abstinuit: semiplenam, quando expresse abstinuit, quo casu effectus transmissionis cessat, sed quædam aliæ reliquiæ suitatis remanent, vt *Bald. in l. quidam elogio. n. 15. C. de iur. deliber. Ang in tract. suitatis ad princ. Bened. in rep. c. Raynutius. verb. mortuo itaq; testatore. el 2 n. 96. & 100. extr. de testam. Graff. in lib. recept. sent. §. suitas. q. 3. & 8.* Tamen qui testamento facto abstinet, ex testamento suus non est, vt clare probat *d. §. qui sunt.* Vbi deciditur, eum, qui abstinet, & ab intestato bonor. possess. pétit, in edictum illud incidere. At non incideret, si ex testamento hæres esset.

textus insignis in *d. l. ex contractu.* ad quem præ cæteris, *Sfort. & Cuiac.* proxime relati notentur. Quibus addenda, quæ dico infra *q. 4.* circa effectum secundum vulgaris substitutionis. *num. 150.*

Huius sententiæ expositio pendet ab illa iuris quæstione: num existentia sui hæredis tollat vulgarem substitutionem? Non quærimus de suo, qui se immiscuit: sed de sola existentia sui hæredis absque immistione. Nam qui se immiscet, ille ex testamento hæres est. Loriotus, si eius sententia recte inspiciatur, existimat, existentiam sui hæredis tollere vulgarem substitutionem: etiamsi suus diserte se abstineat. At DD. contrarium tenent, ea ratione, quæ allata est. Superest ergo quæstio de sola sui hæredis existentia, qui se neque immiscuit, neque abstinuit. Hic iuris sententia teneatur, quod talis existentia non tollat vulgarem, vt infra quæst. 5. ad regulam, quod aditione tollatur vulgaris, limitatione 1. annotatum est: etsi is hæres transmittat, quod infra quæst. 4. effectu primo, membro 2. illatione 1. expositum est. Hæc enim plena suitas est, cuius vigore suus ius suum transmittit, & transmissarius excludit substitutum. Aut enim vulgaris non tollit suitatem: & hæc sententia certissima est: quod suus vigore suitatis transmittat. Aut tollit eam: tum aut non tollit eam in iis, quæ filio sunt fauorabilia (vt est ius transmissionis) secundum communem sententiam, de qua per Alciatum *hic nu. 78. cum seqq.* Aut si in totum eam tolleret, non tamen tolleret ius transmissionis in filio: quum tres sint transmissionis species, & proinde sublata vna, ex causa suitatis, non tamen aliæ sublatæ intelligantur. *Petr. Gregor. in syntagm. iur. lib. 42. cap. 13. per tot. maxime num. 3.* verissima ergo sententia est: *b* Quod existentia suitatis non tollat vulgarem: nisi aut suus fi se immisceat, aut eius transmissarius hæreditatem adeat. Quinimo communiter DD. visum est, vulgarem tollere suitatem. Qua de re vide quæ dico infra *q. 4.* circa effectum quintum vulgaris substitutionis.

b Dissentit *Chifflet. de substitut. cap. 17.*

Amplia 3. vt procedat non modo in vulgari tacita, *quæ post mortem* 35
testatoris apparet, pupillo scilicet repudiante, iuxta præmissa: sed etiam quando pupillus mortuus est, viuo adhuc testatore, *c* & pater diutius superuixit, ita, vt potuerit facere aliud testamentum, & sibi prospicere. Nam & tunc vulgaris in pupillari contenta, durat, pupillari extincta. *Couarru. d. §. 5. num. 5. vers. ex proxime annotatis.* vbi tres circa hunc punctum opiniones refert & hanc probat, quam communem & veriorem atque magis recipiendam dicunt, *Ias. h. num. 58. ad fin. Alciat. num. 122. Couarru. d. loco pracit. Sfort. in materia vulgaris, qu. 6. ad fin. versic. limitatur quarto.* vbi communem dicit. *Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 6. nu. 11. & 12. Trentacinq. de substit. part. 1. c. 10. nu. 18. vsque 22.* qui late hunc punctum prosequitur. quibus addenda quæ dico infra *q. 4.* effectu 2. *num. 152.*

c Multi cõtrarium tenẽt. Est enim hæc quæstio, quæ amplissime à DD. disputatur. Contrariũ tenet post *Ripam* & *Vasq. de success. progr. lib. 2. §. 15. n. 13.* Vnde aliqui hunc casum ponunt pro limitatione, vt *Rip. Vasqu. Trentacinq.* qui tamen hanc sententiam conuellit.

Tum (1) quod testamentum ita incipere possit *d* à vulgari tacita, *l. neque e enim. 13. §. fin. cum l. seq. infr. testam. milit. Vasq. de success. progress. lib. 2. § 11. nu. 22.* Qua de re ample differit *Trentacinq. de substit. part. 1. c. 11. nu. 14. vsq. 18.* vt ab expressa *l. 1. §. pro secundo. C. caduc. toll.*

d Hoc fine introducta est vulgaris, vt testamenta defunctorum non efficerentur caduca, si primus hæres nõ esset, vt supra dixi.

e Ibi in *l. neq. enim. §. fin.* testator seruo libertatem dedit, eidemque hæreditatem à primo & secundo hærede per fideicommissum reliquit. Non est adita hæreditas, & sic defecit casus fideicommissi: quia primus & secundus hæredes mortui sunt, antequam adirent. qui est casus vulgaris. Quæritur, an ibi res reducatur ad causam intestati? Dixit IC. quod non. Sed ibi casus fideicommissi trahitur ad casum vulgaris: & pro eo est, ac si seruo libertas & hæreditas non per fideicommissum, sed directo data esset, id est, per vulgarem substitutionem. De hoc textu vide *Chifflet. de substitut. cap. 14.* In *l. seq.* dicitur, idem iuris esse in testamentis paganorum, si testatore ignorante, primus & secundus hæres obierint, antequam adirent. Ergo & in testamentis paganorum casus fideicommissi trahitur ad casum vulgaris in præcitato casu: & per consequens, testamenta à secundo gradu incipere possunt.

Tum (2) quod tacita vulgaris per se consistat, & nequaquam à pupillari expressa pendeat: id quod vel hinc manifestissimũ est, quod, extincta pupillari expressa, pupillo scilicet repudiante, non tamen extinguatur vulgaris tacita, quemadmodum & econtra, extincta vulgari expressa, vt: quia pupillus hæreditati patris se immiscuit, nõ tamẽ proinde pupillaris tacita,

quæ

quæ vulgari ineſt, extinguitur, ſed tunc primum vires accipit. quod ex præcedentibus conſtat.

Tum (3) quod teſtator ideo teſtamentum non immutaſſe credatur: quia ſubſtitutum voluerit admitti, non excludi: quum pupillaris vulgarem tacitam contineat, & ex tacita vulgari ſubſtitutus admittatur. Ita *Couar. loco præcitat. & Mant. d. t. 6. num. 11.*

36 Amplia (4) vt idem ſit etiamſi pupillaris ſubſtitutio prorſus inutiliter facta fuerit: *f* puta, ſi puberi, vel extraneo, qui non ſit in poteſtate teſtatoris, vel à matre facta eſt. Nam & tunc tacita vulgaris locum habet: quum per ſe ſubſiſtat, ac valida ſit, pupillari excluſa, cui nunquam acceſſoria fuit. Ita *Bart. h. nu. 57. ibi Imol. num. 11. Alex. num. 44. Socin. num. 61. ibi Iaſ. nu. 5. verſ. amplia iſtam regulam. Alciat. num. 162. Ang. l. in pupillari prope fin. verſ. ſecundo quid ſi pupillaris? Salycet. d. l. in teſtamento. num. 13. C. eod. Rolandin. de teſtament. part. 1. rubr. 23. num. 42.* magis communem dixit *Marian. Socin Iun. l. 2. nu. 44. infr. eod. Couarr. d. §. 5. num. 5. verſ. tertia eſt ſententia. ad fin. & verſic. vndecimo ſunt.* vbi hanc communem eſſe dicit. eandem communem perhibet *Sfort. de vulgari ſubſtitut. quæſt. 6 ad fin. verſ. limitatur quarto. Vaſqu. de ſucceſſ. progreſſ. lib. 2. §. 14. num. 60.* qui communem dicit. *Petr. Gregor. in ſyntag. iur. lib. 42. c. 22. num. 8. Leon. de pupill. num. 90. Benedict. d. c. Raynut. verb. ſi abſque liberis. el 2. numer. 26. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 3. num. 22. & ſeq.* qui ipſe quoque poſt alios communem eſſe teſtatur. *Graſſ. d. §. ſubſtitut. q. 16. in fin.*

f Vide, quæ de hac quæſtione plenius dico inf. *l. 2. quæſt. 5. requiſ. 1. fallent. 2. inf. eod. tit.*

Ex iuris namq; diſpoſitione, quæ teſtatoris mentem interpretatur, tacita vulgaris eſt. At mens defuncti etiam ex actu nullo colligi poteſt. *l. fin. ibi Bart. de reb. eorum. Domin. de Magd. in tract. de num. teſtium. in teſtam. requiſ. part. 1. c. 5. per tot. part. 3. c. 2. num. 18. Trentacinq. de ſubſtit. vulg. c. 10. num. 15.* Quibus addantur, quæ in materia teſtamentorum ad regulam, quod ſeptem teſtes in teſtamento requirantur, *fallent. 28.* dicta ſunt.

Et licet huic ſententiæ communi alia communis interpretum doctrina obſtet: quod ſubſtitutio pupillaris nulliter, impuberi ſcilicet non exiſtenti in poteſtate, facta, vt fideicommiſſum valeat, vt ſummo conſenſu docent *gloſſ. Dyn. Rayner. Bart. Bald. Ang. Imol. Caſtrenſ. Zaſ. & reliqui in l. verbis ciuilibus. infr. eod. Martin. Siliman. Guilhel. de Cumo & Cyn. in l. precibus. C. eod* quam poſt *Aretin. Iaſ. & Ripam, Trentacinq. in tract. vulgar. ſubſtitut. c. 23.* noſtræ fallentiæ opponit: *Imol.* tamen h. *num. 11.* fœdere diſtinctionis haſce communes DD. ſententias inter ſe componit: quod abſonum non ſit, eiuſmodi ſubſtitutionem valere iure directo, vt vulgarem in caſu non aditæ hæreditatis, & vt fideicommiſſum in caſu aditæ hæreditatis: quam probat *Couarru. loco relato, verſ. vndecimo ſunt. Zaſ. in l. centurio. num. 38. cum ſeq. infr. eod. Leon. in materia compendioſa, q. 23. num. 275.*

Quarta noſtra ampliatio, quod etiam pupillaris inutiliter facta vulgarem tacitam contineat, haſce rationes dubitandi habet. I. Vitiato expreſſo, vitiatur tacitum. *l. 3. §. qui habet. ſupr. de ſeruit. ruſtic. præd. l. ſi ſponſus 5. §. 1. ſupra, de donat. int. vir. & vxor.*

Ad hanc rationem reſpondeo: Vitiato expreſſo, vitiatur tacitum. 1. quando tacitum ſeſe habet per modum acceſſorii, aliud ſi per ſe æque principaliter conſiſtat, vt eſt in noſtra materia. 2. aut quando ab eadem origine procedit tacitum cum expreſſo: aliud, ſi à diuerſa, vt hic. Nam expreſſa pupillaris deſcendit ex verbis: tacita à iuris interpretatione, ita explicantis mentem defuncti, quæ mens teſtatoris non minus bene ex actu nullo colligi poteſt, quam ex actu valido. *l. etſi transferam. 20. infr. adimend. leg. l. fin. ibi Bart. de reb. eorum. Trentacinq. de ſubſtit. part. 1. c. 10. num. 15. 16. c. 21. num. 2. c. 23. num. 3.*

II. Communiſſima DD. ſententia eſt: quod ſubſtitutio pupillaris ab initio inutiliter facta, valeat vt fideicommiſſaria. *Ita omnes in l. verbis ciuilibus infra eod.* Verba enim

directa trahuntur ad fideicommissum, si iure directo valere non possint. *l. filiusfamilias. 117. §. vt quis hæredem. infra legat. 1. l. ex facto. in princip. 17. & l. Scæuola. 77. infr. ad Senatusconsult. Trebell.*

Responsio. Substitutio pupillaris inutilis valet vt fideicommissum, si iure directo nullo modo valere possit. At si iure directo valere possit, vt hic, vt directam eam interpretamur: quum in dubio substitutiones ita interpretandæ sint, vt directæ potius quam obliquæ sint. Valere ergo hæc substitutio poterit, vt recta, id est, vt vulgaris tacita, si casus vulgaris existat: valebit vt fideicommissum: si casus vulgaris deficiat, vt, quia adita est hæreditas.

Neque obstat huic conciliationi, quod DD. communissime excipiunt, substitutionem, quæ vt directa semel valuit, aut valere potuit, nunquam valituram vt directam. Hanc enim sententiam veram non esse, multis ostendit *Zas. in l. centurio. num. 31. infr. eod. Leon. in materia compendiosa. qu. 23. num. 275. cum mult. seqq.*

Rationes autem decidendi multiplices adferri possunt.

1. Quod tacita vulgaris non sit accessoria ad pupillarem.

2. Quod non descendat ab eadem origine, id est, ex verbis, sed ex iuris interpretatione.

3. Quod mens testatoris non minus ex actu inualido, atq; ex valido colligatur.

4. Quod regulæ nostræ standum, donec de exceptione doceatur.

5. Quod substitutio in dubio ita interpretanda, vt directo potius iure quam obliquo valeat.

Hæc sententia tot modis ampliata, nunc limitatur 1. Vt expressa pupillaris tacitam vulgarem non contineat, vbi testatoris voluntas refragatur. textus expressus in *d. l. iam hoc iure. ibi omnes. & Ias. num. 5. Bartol. l. 2. numer. 29. hoc tit. Benedict. in repet. d. c. Raynut. verb. si absque liberis moreretur. el 2. in materia pupillaris. num. 73. Loriot. de apicib. iur. tit. de substitut. axiom. 14. Trentacinqu. de substitut. part. 1. c. 1. num. 14. vers. quarto declaratur.* puta, si se pupillariter tantum substituere exprimat. *arg. l. 3. §. cum Titio. infr. adimend. legat. Loriot. d. axiom. 14.* Quod amplius explicat *Mantic. de coniect. vlt. voluntat. lib. 5. tit. 4. per tot.* 37

Limitatur 2. Nam testator filio impuberi in singulos casus alium atq; alium hæredem substituere potest, veluti vt alius, si sibi filius hæres non fuerit, & alius, si fuerit hæres, & impubes mortuus sit, hæres sit. Et si ita in vtrumq; casum, vulgaris scilicet & pupillaris, specialiter testator substituerit, tacitæ substitutioni locus non est, quum expressum faciat cessare tacitum. Ita est casus in *l. quum ex filio. 39. §. 1.* g *ibi Bartol. & reliqui. infr. eod. tit. Francisc. Ripa in l. 2. num. 42. infr. eod. Vasq. de success. progress. lib. 2. §. 15. nu. 13. Loriot. d. axiom. 14. Sfort. in materia pupillaris, q. 7. vers. limitatur quinto. Fumaus in suo tract. de substitut. num. 17. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 4. num. 2. Chifflet. de substit. c. 15. vers. tertia exceptio. Trentacin. de substit. part. 1. c. 1. num. 14. vers. tertio declaratur. & c. 11. num. 11. Graff. §. substit. q. 28. num. 3.* 38

g Ad hunc textum vide omnino Chiffletium. Prouisio hominis tollit prouisionem legis.

Limitatur 3. Nam quum iuris interpretatione casus vnus ad alterum, eam ob causam trahatur, quod leges nostræ præsupponant, si testator de casu omisso cogitasset, quod eum fuisset expressurus: Hinc ergo sequitur, quando constat, quod testator de casu substitutionis vulgaris cogitauerit, & tamen illum non expresserit, quod tunc pupillaris expressa non contineat tacitam vulgarem: puta, habet aliquis duos filios *h* impuberes, & vni substituit vulgariter, alteri pupillariter, in vtroque casu cessat tacita substitutio, vt post *Bulgarinum de Senis*, & alios defendit *Mant. d. tit. 4. nu. 2. versic secunda est coniectura. Trentacinq. de vulg. substitut. c. 11. nu. 6. & alii relati infr. q. 4. circa tertium effectum vulgaris substitutionis, ampliatione 3.*

h In *d. l. iam hoc iure.* filii fuerunt impares. ibi puberi vulgariter, impuberi pupillariter substituitur: & pupillaris in vtrumque casum facta intelligitur: hic vterque impubes est.

Quæritur, si pater duos filios impuberes habeat, & vni pupillariter, alteri vulgariter

riter substituat: numnam pupillaris hic contineat vulgarem tacitam? Bulgarinus tenens, quod non contineatur hic sub pupillari vulgaris, argumentatur à ratione legis cessante. Nam ea ratione introducta est interpretatio extensiua, quod iura præsupponant, testatorem casum omissum fuisse expressurum, si de eo cogitasset: Quum ergo testator de vulgari in hac facti specie cogitarit, neque eam tamen in alterius filii persona expresserit, sed potius omiserit, hoc omnino voluisse videtur, vt pupillaris ad vulgarem non extenderetur. Confutatur hoc argumentum I. per clarissimum textum *d.l. iam hoc iure.infr.eod.* Nam ibi *in versic. hoc itaque casu &c.* testator de vtroque casu meminit: dum puberi vulgariter, impuberi pupillariter substituit: & tamen casus pupillaris trahitur ad vulgarem. At si sententia Bulgarini vera esset, alter casus ad alterum nunquam traheretur, quoties de vtroque testator mentionem fecisset. II. Hoc argumentum Bulgarini à ratione cessante ductum, ita refelli potest: quod aut ratio ab illo allata, finalis non sit, sed impulsiua: aut si pro finali haberi debeat, eam tamen vnicam non esse: sed alias quoque rationes interpretationis adferri posse. *Euerb. in topic. in loco à cessatione rationis.* Videatur *Alciat. hic. num. 16. cum seqq.*

Contrarium autem tenuit *Guilhel. de Cumo in l. precibus. Cod. eod. tit.* cuius decisionem menti tenendam & notabilem nec ab aliis scriptam esse, dicit *Alex. in l. iam hoc iure. num. 7. infr. eod. & Carol. Ruin. cons. 131 num. 6. lib. 3.* qui ait, à Guilhelmi opinione non esse discedendum. Bulgarini autẽ sententiam, qui communes intellectus ad *d.l. iam hoc iure.* improbet, in iudicando & consulendo parum curandam. Quæ sententia verior est.

Tum (1) quod regulæ *d. l. iam hoc iure.* quod videlicet primus casus ad secundum, & econtra secundus ad primum trahatur, standum sit, donec de exceptione doceatur.

Tum (2) quod regulæ *d.l.iam* i *hoc iure.* locus sit, etiamsi pater duos filios, vnum puberem, alterum impuberem habeat: & puberi vulgariter, impuberi pupillariter substituat. Ergo multo magis locum habebit, vbi nulla imparitas est, sed omnia æqualia sunt.

Tum (3) quod in fortioribus terminis DD. communiter velint: si duo filii impares sint, ita vt in vnius persona tantum vulgaris, in alterius persona vulgaris & pupillaris fieri possit: Pater autem duas vulgares separatim vtrique faciat, non obstante, aut (1) inæqualitate, aut (2) repetitione eiusdem formæ substitutionis, vulgarem in persona impuberis pupillarem quoq; continere. Hanc enim Martini sententiam communem esse, ad *d. l. iam hoc iure.* annotatum est. Vnde porro sequitur, regulam *d.l. iam hoc iure.* multo magis locum habituram, si pares personæ sint, & non vna forma substitutionis bis posita, sed duæ peculiares species *k* expressæ fuerint.

Tum (4) quod fieri possit, vt in aliquo casu quæstio voluntatis sit: at non proinde regula *d. l. iam hoc iure.* cessat, vt ex *d.* l *text. coniuncta gl. ibi super verb. videbitur. ad fin.* intelligi potest.

Tum (5) quod vero sit similius, quum alter casus ad alterum trahatur, testatorem, qui vtrumque casum expressit, ad iuris regulam respectum habuisse, præsertim quum substitutiones, vtpote fauorabiles, plenius sint interpretandæ.

40 Limitatur 4. si talis persona filio impuberi pupillariter substituatur, quæ paternorum bonorum capax non sit.

Et huc nostri etiam casum *l. si is qui. 6. infr. eod.* accommodant.

Ibi enim DD. communiter thema in filio naturali, qui ex bonis paternis solidum capere nequit, & filio naturali atq; legitimo testatoris pupillariter substitutus est, proponunt. Et quia is substitutus, ne quidem per pupillarem solidum bonorum paternorum cum effectu capere potest: conse-

i Hoc est argumentum Cumei, quod illi, qui cõtra eum tenent, retorquẽt. Quia (inquiunt) filii ibi impares sunt ita vt in pubere vna tantum substitutio locum habere possit: & pater diuersimode substituit puberi vulgariter, impuberi pupillariter: satis patet, quod substitutionum illarum diuersum effectum esse voluit. At hic omnes filii pares sunt. Verum probabilius est Cumei argumentum. Si enim regula *l. iam hoc iure.* locum habet, data inæqualitate, multo magis locum habebit, data æqualitate & paritate.

k Inde enim patet, quod pater se ad vnam formã restringere non voluerit.

l Ex d. textu, iuncta opinione Martini ibi, de qua in ratione præcedenti, Ille, qui contra regulam pugnat, probare debet voluntatem defuncti interpretationi extensiuæ refragari.

consequens modis omnibus est, vulgarem tacitam ibi sub pupillari aliter non contineri, nisi quatenus substitutus bonorum paternorum capax est. *Ita Alex. in l. 2. num. 27. vers. alium etiam casum. ibi Ripa num. 42. infr. eod. Ias. in l. iam hoc iure. nu. 5. vers. tertio limita quando substitutus. infr. eod. Benedict. d. c. Raynutius. verb. si absque liberis moreretur. el 2. in materia pupillaris, num. 73. vsq. 79. extr. de testament. Vasqu. de success. progress. lib. 2. §. 15. num. 14. vers. septimus casus. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 4. nu. 2. Sfort. in materia substitutionis pupillaris. q. 7. vers. limitatur secundo. Trentacinq. de substitut. part. 1. c. 1. num. 14. vers. quinto declaratur.* Et de sensu *d. l. si is qui.* ea videantur, quæ in materia testamentorum, circa definitionem testamenti, ad regulam *l. ius nostrum. infr. reg. iur.* fallentia 1. à me *m* proposita sunt.

m Ibi tamen defendi substitutum per pupillarem solidum capere, sed non cum effectu, ideoque testatorem non decedere testatum & intestatum. Quæritur, num idem sit in vulgari tacita: vt per eam substitutus solidum capiat, sed non cum effectu, ita vt hic quoq; testator testatus tantum decedat. Respond. Id mihi non videri: quum textus ille in pupillari loquatur, per quam pupillo succeditur. Vt proinde mirum non sit, substitutum solidum ipso iure capere, quasi a pupillo capiat. Aliud in vulgari.

Limitatur 5. Nam etsi expressa pupillaris contineat tacitam vulgarem, etiam quando mater pupilli est in medio: vt proinde substitutus, qui per eiusmodi vulgarem tacitam venit, matrem pupilli excludat: Tum quod per vulgarem testatori succedatur *n* (non pupillo) & proinde de hæreditate testatoris quæratur, in qua vxor non succedit. Tum quod regula *d. l. iam hoc iure.* hoc in casu limitata non reperiatur, *Leon. in materia vulgaris substitutionis num. 119.* o *Ita gloss. fin. in l. fin. ibi Angel. ad fin.* qui ait, illam glossam esse approbatam per omnes. *C. instit. & substitut. Bart. h. in l. 1. numer. 41. ibi Alex. num. 38. Socin. num. 41. dicens communem. Francisc. Ripa num. 175.* qui hanc sententiam indubitatam dicit. *Alciat. num. 128. Mant. d. tit. 4. num. 6. Benedict. d. cap. Raynut. verb. si absque liberis moreretur. el 2. in materia vulgaris substitutionis, numer. 118. Sfort. in materia vulgaris. quæst. 5. versic. quartus effectus limit. 1. ibi Zas. §. vltimus effectus. Trentacinq. cap. 13. num. 4.* qui ipse quoque hanc communem & receptam scribentium opinionem esse testatur. *Chifflet. cap. 16. versic. pergunt deinde. Menoch. de præsumpt. lib. 4. tomo 1. præsumpt. 37. numer. 1. 2. 3.* dicens hanc apud omnes esse receptam, *Graff. §. substitut. quæst. 12. num. 5.* Tamen aliud est in matre ipsius testatoris: puta, testator, cuius mater adhuc superstes est, instituit filium impuberem, & ei pupillariter substituit Caium: casus pupillaris deficit, quæritur: an ex tacita vulgari substitutus admittatur, & matrem testatoris excludat? Respondet *Bart. in l. 1. hic. num. 41.* si viuat mater testatoris, tacitam vulgarem non habere locum contra matrem testatoris, eadem ratione, qua *p* (ex communi DD. sententia) tacita pupillaris contra matrem pupilli non admittatur: sequitur *ibi Alex. nu. 38.* qui cum Bartolo Angelum & Imolam transire, alios vero antiquiores de hac quæstione mentionem non facere dicit. *Socin. num. 41. Ripa num. 175.* dicens communem. *Benedict. d. c. Raynutius. loco relato, num. 119. ibidem Couarru. §. 4. ad fin. vers. tacita autem vulgaris. Mant. d. tit. 4. num. 5. versic. quarta coniectura. Sfort. in materia vulgaris. d. quæst. 5. vers. quartus effectus. limit. 1. ibi Zas. §. vltimus effectus. Trentacinq. d. cap. 13. nu. 5.* qui ipse quoq; hanc communẽ esse testatur. & probat *Graff. §. substitutio. quæst. 12. numer. 5.* nisi forte vnus ex descendentibus testatoris esset substitutus. Nam ille matrem testatoris excluderet. *Ita Alexand. Benedict. Couarru. & Mant. locis relatis. Trentacinq. d. cap. 13. num. 7. l. cum acutissimi 30.* q *C. de fideicomm.*

Contrarium tenet *Chifflet. de substit. cap. 16. vers. pergunt deinde.*

n Hæc est ratio DD. Tu ad hanc doctrinam adde, quæ dico infra *qu. 4. effectu 4. ampliat. 3.*

o Contrarium vult Loriotus in apicibus, *tit. de substitut. axiom.* vbi tenet, sub expressa pupillari non contineri tacitam vulgarẽ, quando mater pupilli est in medio. Quam sententiam multis postea modis limitat.

p Petitio principii.

q Semper potior est ratio descendentium.

41

Hæc

Hæc est, vt apparet, recepta sententia. Sed quo iuris fundamento nititur? Responsio: petitione principii. Bartolus ait, contra matrem testatoris ea ratione non admitti vulgarem tacitam, qua tacita pupillaris contra matrem pupilli non admittitur. At vbinam hoc in iure scriptum extat, quod tacita pupillaris contra matrem pupilli non admittatur? Nusquam. Licet verum sit, hanc sententiam esse receptissimam. Et communis opinionis fundamenta dissoluit *Leon. in materia vulgaris. quæst. 7. num. 113. cum sequentib.* nisi quod ad textum *l. precibus.* non satis dextre respondet, quo communis DD. sententia nititur. Charondas illius textus decisionem ad ius militare refert. Si autem tacita vulgaris matrem testatoris non excludit, multo minus filium testatoris alterius filii cohæredem excludet: & econtra, si filium excludit, multo magis matrem excludet, vt argumentatur *Sfort. de vulgari substitut. quæst. 5. §. sextus effectus versic. ampliatur secundo.* Excludit autem vulgaris tacita filium testatoris, vt infra *quæst. 4. effectu 6. ampliatione 2.* videbis. Ergo multo magis matrem excludet. Deinde regula *l. iam hoc iure.* est, quod vnus casus trahatur ad alterum, non reperitur limitata hoc in casu: quando mater testatoris est in medio, quod tunc pupillaris non trahatur ad vulgarem. Sed Bartoli sententia est recepta: quare ab ea in iudicando & consulendo minime recedendum erit. Porro quando DD. dicunt, tacitam vulgarem non admitti contra matrem testatoris: intelligunt hanc sententiam de prorsus tacita. 1. Quando ita pupillaris facta est (Si filius hæres sit, & impubes decedat) aliud est in ea, quæ in genere expressa fuit, & vel sub hac forma (Si in pupillari ætate decedat) vel sub compendiosa aut reciproca continetur. 2. Deinde prorsus tacita etiam contra matrem testatoris admittitur, si vnus ex descendentibus testatoris sit substitutus. Vide *Trentacinquium hic citatum.*

Etsi autem à Bartoli præiudicata sententia in consulendo & iudicando recedendum non est: rationem tamen qua Bartolus vtitur (quod tacita pupillaris contra matrem pupilli non admittatur) late confutat *Leon. in mat. vulgaris, q. 7. num. 113. cum seq.*

42 Porro quod tacita vulgaris matrem pupilli excludat, id verum *r* non videtur, si ipsa à testatore etiam cohæres in parte scripta sit, in quam sententiam *Bart.* adducit *l. fin. C. institut. & substitut.*

r Bartolus *d. l. fin.* intelligit in vulgari mixta, id est, quo ad casus partim expressa, partim tacita. Hæc infra quoque attigi *qu. 4. effectu 4. ampliat. 3.*

Quinta exceptio est: quod expressa pupillaris non contineat vulgarem tacitam: quando mater testatoris est in medio. Occasione huius limitationis incidenter alias quoque theoricas attigi. Vt proinde hæc nostra limitatio tres insignes iuris sententias complectatur.

I. Theorica, quod tacita vulgaris matrem pupilli excludat. Hæc indubitata, verissima & communiter recepta.

Ratio decidendi duplex est allata: & hæc cumprimis perspicua & illustris est: quod regula *l. iam hoc iure.* nusquam limitata reperiatur, vbi mater pupilli in medio est.

II. Hæc est, quod tacita vulgaris non excludat matrem testatoris.

III. Quod tacita pupillaris non excludat matrem pupilli.

Hæ duæ theoricæ sunt communiter receptæ: sed nullo satis idoneo iuris fundamēto probantur. Regula namq; *d. l. iam hoc iure.* nusquam in hisce casibus limitata reperitur. Et de illa theorica, quod tacita pupillaris contra matrem pupilli non admittatur, suo loco, DEO volente, videbimus: Quam ego anno 1576. sexto die Septembr. hoc in loco publica disputatione, pro licentia Doctoratus, impugnaui. Sed reuertamur nunc ad theoricam illam, quod tacita vulgaris matrem pupilli excludat. Hæc sententia certa est: sed Bartolus eam limitat, quando mater pupilli vna cohæres est instituta: allegat ad hoc *l. fin. C. institut. & substitut.* Quem textum solennem breuiter explicabimus.

L. fin. C. institut. & substitut.

Iustinianus A. Ioanni PP.

Cum quidam *s* prægnantem habens coniugem, scripsit hæredem, ipsam quidem suam vxorem ex parte, ventrem vero ex alia parte.

s Ad hunc textum præ cæteris, vide *Vasquium de success. progressu lib. 2. §. 15. & late Menoch. de præsumptionibus lib. 4. tom. 1. præsumpt. 37. num. 3. cum seqq. vsque ad fin. & Alciat. hic. num. 128. cum sequenti.*

(Hæc est institutio.)

Et adiecit, si non posthumus natus fuerit, alium sibi hæredem esse:

(Hæc est substitutio vulgaris.)

Posthumus autem natus impubes decessit:

(Testator substituit in casum, si posthumus natus non esset. At alius casus accidit. Nam posthumus natus quidem est, sed impubes decessit.)

Dubitabatur quid iuris sit, tam Vlpiano, quam Papiniano iuris disertissimis voluntatis esse quæstionem scribentibus.

(Eadem phrasi vtitur Modestinus in *d.l.iam hoc iure.* Ne voluntatis quæstionem relinquat. Casus vulgaris trahitur ad casum pupillaris: & econtra, nisi voluntas testatoris refragetur. Nam tunc cessat iuris interpretatio extensiua. Ita Papinianus & Vlpianus in hoc textu nostro dixerunt esse voluntatis quæstionem.)

Cum opinabatur Papinianus, eundem testatorem voluisse posthumo nato & impubere defuncto matrem magis ad eius venire successionem, quam substitutum.

(Id est, Papinianus conclusit, voluntatem testatoris in hac facti specie refragari interpretationi extensiuæ: & per consequens, illum casum, qui à testatore esset expressus, ad alterum, qui accidisset, non esse trahendum.)

Si enim suæ substantiæ partem vxori dereliquit: multo magis & luctuosam hæreditatem ad matrem venire curauit.

(Ratio Papiniani elegantissima, ducta à maiori ad minus: si r testator suæ substantiæ partem, quæ ad vxorem non pertinebat, vxori reliquit: multo magis voluisse videtur, vt luctuosa (id est, filii) hæreditas, quæ ab intestato ad matrem pertinet, ei remaneat, & per substitutionem vulgarem non auferatur.)

r Id est, si dedit illi hæreditatem alienam, in qua illa ius succedendi ab intestato non habuit: multo magis ad illam pertinere voluit filii hæreditatem, in qua illa ab intestato succedere potuisset.

Nos itaque in hac specie Papiniani dubitationem resecãtes, substitutionem quidem in huiusmodi casu, vbi posthumus natus adhuc impubes viua matre, decesserit, respuendam esse censemus: tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cum posthumus minime editus fuerit, vel post eius partum mater prior decesserit.

(Imperator probat Papiniani sententiam cum distinctione.)

Hunc casum, qui extitit in lege nostra, Bartolus dicit esse casum vulgaris tacitæ, quæ matrem pupilli cohæredem non excludat: sed ab omnibus improbatur.

Sed obseruandum textum illum neq; ad regulam nostram pertinere, neque Bartoli sententiam probare.

Tum (1) quod ibi non sit quæstio de vulgari tacita, contẽta sub expressa pupillari, quæ nostra materia est: sed de vulgari tacita, quæ sub casu vulgaris expresso continetur, sicut illum textum intelligit *Bart. ibi.*

Tum (2) quod omnes interpretes communissime, præter Bartolum in loco relato, textum illum in pupillari tacita, & ita intelligant, quod ibi vulgaris expressa non porrigatur ad pupillarem, cum præiudicio matris vna institutæ. Nulla enim in illo textu est tacita vulgaris, sed tacita pupillaris comprehenditur ibi in vulgari expressa: quum & posthumus ibi impubes decesserit. Ergo aut ipso iure, aut etiam per immistionem hæres fuit (de abstentione enim nil in textu dicitur, neq; vna causa abstentionis apparet) & textus à fortiori argumentetur: partemque substantiæ testatoris vxori relictam, luctuosæ hæreditati, id est, ipsius filii opponat. Ergo ibi sumus in casu pupillaris tacitæ: neq; argumentum à fortiore procedere posset, si textus de vulgari tacita loqueretur. Et ita ibi tenet *gl.2. Cyn. Alberic. Bald. Ang. Salyc. Castr. Alex. Ias. Dec. & Alphan. in report. num.395. & Delrio*, u *Bart. sibi contrarius hic. num.33. ibi Alex. num.38.39. Ias. num.61.62.* dicens intellectum communem tenendum. *Socin. num.43. 44. 45.* qui ait, etsi Bartoli sententia disputatiue defendi possit: à communi tamen in consulendo & iudicando non esse recedendum. *idem num.48. Alciat. numer.128.* ipse

u In editione nouissima multa bona allegat.

quoq;

quoque hanc receptissimam dicens, omnes fere ita sensisse, quanquam ipse Bartoli quoque intellectum saluare velit. *Bologn. in l. hac verba. num. 164. 171. infr. legat. 1. Gomez. tom. 1. cap. 3. num. 28. Vasqu. de success. progress. in præfat. numer. 44. & latissime in lib. 2. ibidem, §. 15. num. 40. 46. 121. & §. 16. num. 29. Leon. de vulg. substitut. num. 85. 116. & de pupill. num. 13. Mant. d. tit. 4. num. 7. Sfort. in materia vulgaris, part. 2. quæst. 5. §. quartus. vers. limitatur secundo, quando sumus in vulgari.* dicens contra Bartolum tenere omnes DD. communiter. *ibi Trentacinq. c. 13. num. 9. vsque 14.* qui Bartoli intellectum falsum, & communem sententiam veram esse multis ostendit. *luculentissime Menoch. de præsumpt. lib. 4. tomo 1. præsumpt. 37. num. 3. cum seq. per tot. Chifflet. de substitut. cap. 16. vers. controuertit. Graff. §. substitutio. q. 12. num. 6. Alciat. cons. 15. num. 7. lib. 8. Cephal. cons. 529. num. 53. & cons. 538. num. 12.*

43 Limitatur 6. quando pater, suo testamento perfecto, alia rursus hora, & sic ex interuallo, filio testamentum fecit, adhibitis legitimis testibus, id quidem valebit, x vt in *l. si quis eum. 16. §. 1. infr. eod.* At hæc pupillaris substitutio ad tacitam vulgarem non trahitur. Quemadmodum enim vulgaris expressa ex interuallo filio fieri nequit: *d. §. 1. vers. sed si secundum. ibi Bald. num. 3.* Ita ne pupillaris quidem ex interuallo facta ad vulgarem extenditur. Per vulgarem enim testatori succeditur. Quare si aut vulgaris ex interuallo fieri posset, aut pupillaris ex interuallo facta tacitam vulgarem contineret, sequeretur, testamentum patris diuersis temporibus, non vno & eodem contextu factum, valere, contra *l. hæredes palam. §. fin. cum concordant. supra, de testam. Ita Bald. in d. l. si quis eum. §. 1. ibi DD. communiter.*

x In hoc casu habentur pro separatis testamentis testamentum patris & filii.

Et licet Imola dissentiat, quem etiam sequitur *Vasqu. de success. progress. lib. 2. §. 12. num. 17.* Bartholomæus autem Socinus in *l. 2. num. 20. infr. eod.* relatis vtriusque partis rationibus, cogitandum relinquat: Tamen Baldi intellectum tenent DD. in *d. §. 1. & Alex. in l. 2. nu. 27.* dicens intellectum Baldi esse notabiliorem, *ibi Francisc. Ripa num. 42. infr. eod. Ias. in d. l. iam hoc iure. num. 5. vers. quarto notabiliter limita. Benedict. d. verb. si absque liberis moreretur. in mat. pupill. substitut. num. 73. Vasqu. de success. progress. lib. 2. §. 15. num. 14. versic. sextus casus.* Atq; hæc est communis DD. expositio, vt testatur idem *Vasqu. de success. progress. lib. 2. §. 11. num. 23. vers. hactenus quando pupillaris.* imo magis communis. *Idem lib. 2. de success. progress. §. 12. num. 7.* quam eleganter probat *Trentacinq. de substitut. part. 1. cap. 1. num. 12. Mant. d. lib. 5. tit. 4. num. 9.* sequitur *Graff. §. substitutio. q. 28. num. 2.*

Limitatur 7. & 8. *Mant. d. tit. 4. nu. 10. & 11. vers. sexta est coniectura. & vers. septima est.* alias duas fallentias refert, quas tamen reprobat.

44 Limitatur 9. quando substitutio pupillaris filio exhæredato fit. quum enim per vulgarem patri succedatur: ille autē filium à sua hæreditate excluserit: fieri nullo modo potest, vt hæc pupillaris vulgarem comprehendat. *Alciat. h. num. 21. Vasq. de success. progress. §. 15. nu. 14. vers. quintus casus. Graff. d. §. substitutio. q. 28. num. 4.*

45 Fallentia decima continet insignem & difficilem materiam *l. pen. infr. eod. tit.* quam nos hactenus nunc attingemus, quatenus ad regulam nostram pertinet. Ibi duæ formulæ pupillaris substitutionis sunt: sed neutra vulgarem continere potest. DD. prædicant textus huius difficultatem, nec immerito: quia pulchram, vtilem & cotidianam materiam plurium substitutionum continet: de qua suo loco, DEO volente, disseremus: nunc intra regulæ nostræ limites consistemus: prouectioribus tamen aliquē huius materiæ gustum exhibebimus. Sæpe testatores faciunt plures substitutiones, y de quibus

y Ad materiam plurium substitutionum vide quæ notaui infra *quæst. 4. effectu 6. limit. 2. & qu. 5. ampliat. 2.* adde omnino Zas. in *tract. substit. cap. 6.* & vltimo, cui titulum fecit, miscellaneorum iuris. *§. sed nunc alia sunt dispicienda.*

bus postea grauissimæ quæstiones existunt. Casus sunt in textibus, & præcipuos quidem textus citauit *Bald. in cons. 162. quidam fuit. libr. 1.* Quibus textibus addantur *l. si Titius. l. si cohæredi. in principio, infr. eodem. §. sed si instituto. Institut. vulgar. substitut.* Alios casus habent DD. in lecturis hinc inde, maxime *l. quamdiu. 68. ibi Bart. num. 10. Bald. num. 7. Angel. num. 8. Imol num. 3. Roman. num. 26. Castrens. num. 7. & reliqui. de acquiren. hæred. Bened. d. verb. si absque liberis moreretur. el 2. in materia vulgaris, num. 40. Gomez. tomo 1. c. 3. nu. 10. vers. octauo infero.* Denique plurima illustrium DD. responsa in hac materia data sunt: ego vnum allego Cephalum *cons. 620.* quod responsum tanto magis nobis commendatum esse debet: quum ille de omnibus pene aliorum consiliis mentionem fecerit. Maioris perspicuitatis causa, hæc materia intricata sic distingui posse videtur. Aut est quæstio de duabus fideicommissariis, & recurrendum ad *l. vnic. §. pro secundo. in fin. C. caduc. toll. Cephal. d. cons. 620. num. 15.* Aut de duabus directis. Tum aut de duabus vulgaribus: z & recurrendum ad *d. l. si Titius. d. l. si cohæredi. d §. sed si instituto. Castr. d. l. quamdiu num. 7.* ita *Corn. in cons. 199. num. 29. lib. 2.* intelligit etiam *d. l. quamdiu.* Videantur DD. in *d. l. cohæredi. ibi Alciat. latiss.* Aut de duabus pupillaribus: & recurrimus ad *l. qui habebat. Castrens. dict. l. quamdiu num. 7.* Aut prima est pupillaris, secunda fideicommissaria. *DD. d. l. quamdiu. ibi Castr. num. 7. Castr. cons. 152. lib. 1. Idem in l. qui habebat. num. 4.* Aut prima pupillaris, secunda vulgaris, vel compendiosa, continens vulgarem: & recurrimus ad insignem doctrinam Bartoli in *d. l. quamdiu.* quam omnes commendant ibi, de qua etiam meminit *Gomez. loco relato.* Contra Bartolum tamen disputat *Ludou. Rom. d. l. quamdiu. num. 26.* quem sequitur *Bened. loco relato.*

z Si plures gradus vulgaris substitutionis fecero, aditione ex primo gradu facta, omnes substitutiones expirãt. infra *qu. 5. ampliat. 1.* Si autem ex primo aut secundo gradu aditio facta nõ sit, tene quæ hic dicuntur.

Limita 10. Si exhæredatus impubes impuberi substitutus, & exhæredato substituto, alius pupillariter substitutus *a* sit, vt est casus in *l. qui habebat. 47. infr. eod.* quem textum *Bart. ibi Ang.* b *& Castr.* diffi. ilem & subtilem dicunt, quemadmodum & *Duaren.* locum valde difficilem esse testatur ad *tit. n. h. sub rubr. quib. mod. substit. pupill. fini. circa fin.* vbi pater, qui habebat filium & filiam impuberes, instituto filio, filiam exhæredauerat, & si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituerat: sed filiæ, si antequam nuberet, id est, si antequam nubilis *c* esset, decessisset, vxorem & sororem suam substituerat. Filia illa exhæredata impubes (secundum Florentinam lectionem) & prior ante fratrem decessit: deinde frater eius in pupillari ætate est mortuus. Dixit Scæuola, filii hæreditatem ad vxorem & sororem testatoris non pertinere. 46

a Quæritur, si substitutus non fuerit hæres, an ex vulgari tacita substitutus substituti admittatur.

b *Angel. ibi num. 1.* difficultatem existere ait propter *l. cohæredi. 41. in princip. infr. eod.* eodem pertinet *§. sed si instituto hæredi. Instit. vulgar. [illegible]*

c Ita glossa exponit, vt sententia sit, si in pupillari ætate decedat. Nam quum hæc filia fuerit exhæredata, directo illi aliter substitui non potuit, quam pupillariter. Vulgaris ei ideo fieri non potuit: quum qui non honoratur, ne onerari quidem possit. *l. cohæredi. 41. §. quum filia. infra eodem.* ita exponit post *gloss. Dyn. Bartol. dict. l. qui habebat num. 3. ibi Alberic. de Rozat. Angel. Imol. numer. 2. Castrens. num. 1. & 3. Alciat. in dict. leg. cohæredi. num. 11. Duaren. ad titulum nostrum hic. rubr. quibus modis pupil. substitut. finitur. prope fin.* Etsi autem horum verborum (*antequam nuberet*) alias hæc sententia sit, antequam de facto nubat, *l. sancimus. C. nupt. l. fin. C. his qui ven. ætat. impetr.* Quem sensum hic contra glossam, *Bartol. & Castrens.* defendunt *Raph. Cuman. Alexand.* quem & *Iason num. 3.* veriorem dicit: quum huic filiæ exhæredatæ non modo directo & pupillariter, vt *Bartol & Castrens.* sensere: sed etiam per fideicommissum substitui potuerit: secundum quam expositionem hæc formula substitutionis compendiosa fuisset. Tamen modicæ vtilitatis disputatio hæc est: quum filia impubes decesserit: quo casu nulla alia directa quam pupillaris locum habere potuit. Neque etiam (ad regulam & fallentiam nostram quod attinet) multum interest. Nam siue compendiosam hanc, siue pupillarem non specialibus verbis factam esse dixerimus, idem erit, quo ad disputationem, vtrum hisce formulis vulgaris insit.

Ratio dubitandi ad textum hæc est, quod substitutus substituti primo quoque substitutus iudicetur, *d Doctores in dict. leg. qui habebat. ibi Baldus num. 2. Ias. num. 4. Cephal. consil. 620. num. 17.* vsqueadeo, vt primo substituto ante institutum decedente, etiam spes *e* substitutionis ad substitutum substituti transeat, non modo in substitutione vulgari: *l. si Titius. 27. & l. cohæredi. 41. in princip. ibi DD. infra eodem. §. sed si instituto hæredi. ibi Vigl. & DD. Institut. de vulg. substit.* Verum etiam in pupillari, vt communiter *Bart. & reliqui* docent in *d. l. qui habebat.*

d Sicut hæres hæredis testatoris hæres est. *l. fin. C. hæred. instituen.*

e Spes dicitur trãsmitti, quando substitutus ante institutum moritur. Nam si substitutus instituto sit superstes, & moriatur, tum regula locum habet: quod substitutus substituti sit primo substitutus, modo per transmissionem

sionem, nullum alium fecerit hæredem. Nam verba, *si hæres non erit*. intelliguntur, si neque ipse hæres fuerit, neque alium hæredem effecerit.



Cohæredes instituti:

Titius substitutus est Caio cohæredi:

Mæuius substitutus est Titio.

Hic Mæuius quum sit substitutus substituti: primis quoque hæredibus substitutus intelligitur. Et si hic Titius, cohæredi substitutus, ante moriatur, quam adeat: spes substitutionis transmittitur ad Mæuium: licet hic Titius ante Caium cohæredem mortuus sit.

Videbatur ergo dicendum, vxorem & sororem testatoris admittendas aut ex transmissa pupillari, *f* quasi immediate filio instituto, in cuius persona casus pupillaris exstitit, fuissent substitutæ: aut saltem ex transmissa vulgari tacita *g* contenta in secunda illa pupillari, quæ filiæ facta fuerat.

Contrarium tamen deciditur à Iureconsulto: quum vxor & soror testatoris neque ex vulgari tacita, neque ex pupillari expressa, instituto hæredi succedere possint.

Sub prima *h* enim illa pupillari, quæ instituto filio facta est, nulla vulgaris tacita contineri potest: quum & à patris hæreditate, ad quam per vulgarem succeditur, filia per testatorem exclusa, *i* & filius institutus patri hæres *k* fuerit, qua ratione vulgaris euanuisset, etsi filia à patris successione exclusa non fuisset.

f Hæc vera ratio. Nam de pupillari sola Iurisconsultus quærit. Alterā huc propriè non pertinentem, omittere poteram: sed propter fallentiam nostram, quam DD. ex hoc textu colligūt, eam attingere volui.

g DD. materiam textus huiusce ad regulam nostram pertrahunt: quod videlicet in casu *d. l. qui habebat.* pupillaris expressa non contineat vulgarem tacitam. Illorum ergo vestigiis ego insistens hoc attigi, vt iunioribus constet, sub formulis textus nostri nullam vulgarem tacitam contineri. Idque nullum dubium habere potest. Ac, si quod res est, dicere velimus, fatendum, hanc disputationem de tacita vulgari ad textum nostrum nihil omnino pertinere. Non enim Iurisconsultus de patris, sed de filii hæreditate quærit, an illa ad vxorem & sororem testatoris iure substitutionis pertineat. Vulgaris pertinet ad patris hæreditatem, de qua hic nulla quæstio est. Ad filii autem hæreditatem spectat pupillaris. Ergo de sola pupillari Iurisconsultus quærit.

h Ratio cur ex vulgari non succedant.

i Vbi filia exhæredatur a successione patris: voluntas testatoris interpretationi extensiuæ resistit.

k Aditione hæreditatis extinguitur vulgaris.

Sed & hoc certissimum est secundam illam pupillarem, quæ filiæ exhæredatæ facta est, tacitam vulgarem continere non potuisse, quæ nostræ fallentiæ materia est. *DD. in d. l. qui habebat. ibi Bart. numer.* l 4 *Bald. num. 3. Raph. Cuman. & reliqui. Alex. in d. l. 2. num. 27. versic. alium item ponit Raphael. ibi Ripa num. 42. infr. eod. Benedict. d. verb. si absque liberis moreretur el 2. in materia pupillaris, num. 79 versic. tertio fallit Sfort. in materia pupillaris quæst. 7. versic. limitatur tertio. Trentacinq. de vulgari cap 1. num. 13. versic secundo declaratur. Graff. d. §. substitutio. quæst 28. num. 5.* Tum (1) quod filiæ exhæredatæ pater vulgariter substituere nullo modo possit. *d. l. cohæredi.* m *§. cum filiæ. infr. eod. Bart. d. l. qui habebat. num. 3. ibi Castr. num. 1.* Tum (2) quod per vulgarem patri succedatur, non filio. At in filiæ persona partim ob exhæredationem, per quam à patris successione exclusa *n* fuit, partim, quod patri filius hæres extiterit, *o* vulgaris locum habere nequit. *DD. in d. l. qui habebat. ibi Imol. num. 3. Ias. num. 4. ad fin. Alciat d. l. cohæredi. num 12.*

Quum ergo sub illis substitutionibus pupillaribus, quarum in *d. l. qui habebat.* mentio fit, nulla vulgaris tacita contineatur: vxor & soror testatoris ex vulgari succedere non possunt.

Sed

l Bartolus ibi habet tres rationes, cur sub expressa pupillari ibi nō contineatur vulgaris tacita. Nulla bona est. *Bald. num. 3.* aliam adfert, quam impugnat *Imol. numer. 3. prope fin.* Vera autem illa ratio est de qua Bart. meminit *ibi num. 3.*

m Si pater vellet, ne quidem expresse filiæ exhæredatæ substituere posset. Ergo ne quidē sub pupillari expressa tacita vulgaris venit.

n Bartolus hanc rationem non admittit: quia etsi filia sit à primo gradu exclusa, tamen non est exclusa à secundo: quia fuit substituta filio. Quare alia ratio hic addenda fuit.

o Per vulgarem succeditur testatori. Ergo si filius institutus semel testatori successit, sublata vulgari, nulla prorsus aut de successione patris, aut de succedendo patri per vulgarem quæstio esse potest.

Sed neque ex pupillari *p* prima transmissa venire possunt: quum illa 47
substitutio non fuerit sortita effectum.

p Habemus ibi duas formulas pupillares: sed nō proinde duo sunt casus pupillares. Nam casus primæ tantum pupillaris extitit. At secundæ pupillaris casus non extitit. Filia enim substituta ante institutum decessit: qui casus vulgaris est: etsi DD. reclament. Doctores quidem pupillarem defecisse dicunt: sed ea ratione, quod filia pubes decesserit. Quare si de pupillari transmissa disputandum est, de prima formula id accipi oportet, non de secunda.

Atque hinc DD. communem theoricam, in materia plurium substitutionum statuunt, vt secunda, vel tertia, vel sequentes substitutiones subsistant, & locum habeant, necessarium esse, vt prima substitutio habuerit effectum: secus si defecerit, & sic bona ad primum substitutum non peruenerint, quia nec ad alios subsequentes, ab ipso primo substituto dependentes peruenire possunt: cum vitiato principio, subsequentia subsistere non possint. *d. l. qui habebat.* quæ lex ita magis communiter resoluitur & intelligitur, vt eleganter docet *Cephal. cons. 620. num. 1. cum seq. vsq. 46. & maxime num. 21.*

Rationem autem rationis, cur scilicet prima illa pupillaris euanuerit, hanc esse volunt, quod secunda pupillaris filiæ exhæredatę facta pubertate illius extincta fuerit (ita enim vulgata exemplaria legunt: quod filia pubes decesserit. Et Accursius, cui Florentina lectio ignota non fuit: circa *verb. pubes igitur* (inquit) iam nubilis erat facta: sed si habes Impubes: dic, quondam, nunc pubes) Vt proinde destructo medio, per quod necessario venitur ad primam illam substitutionem, destruatur quoque prima substitutio: & vxor atque soror testatoris quæ ex substitutione pupillari filiæ exhæredatæ succedere non possunt, ne quidem ex prima substitutione admittantur. *Bart. d. l. qui habebat. num. 1. & 2. Bald. num. 1. Ang. nu. 1. & 2. Imol. ante num. & num. 2. Ias. num. 1.*

Hinc non modo communis *q* DD. sententia fertur, quod spes pupillaris substitutionis non transeat ad substitutum substituti, si conditio secundæ substitutionis defecerit. *DD. communiter in d. l. qui habebat. ibi Bart. numer. 2. Ang. Alex. num. 1. Ias. num. 4.* dicens communem. Sed & interpretes porro colligunt, *r* si filia hæc, quæ ante fratrem mortua est, impubes decessisset, quod spes pupillaris substitutionis ad vxorem & sororem testatoris transisset. Ita *Bart. ibi num. 3.* quem alii sequuntur. 48

q Est bona doctrina. Nam de ratione solum, ob quam pupillaris defecerit, pugna est.

r Mala doctrina.

Constat autem DD. in hac ratione rationis assignanda errasse: quum filiam impuberem decessisse Florentina lectio ostendat: quæ causa fuit, vt & *Vigl. in d. § sed si instituto.* à Bart. & reliquorum doctrina recesserit.

Hic textus *d. l. qui habebat.* duos nodos implicitos continere putatur.

PRIMO enim differunt DD. de posteriore formula substitutionis pupillaris, ibi, cur illa vulgarem substitutionem non complectatur. De priore enim formula vt dubitemus, nulla ratio facit.

Ad hoc prius dubium breuiter & perspicue respondeo: filium in textu nostro patri extitisse hæredem. Cessat ergo quæstio de hæreditate paterna: & per consequens etiam cessat quæstio de vulgari substitutione, per quam in bonis testatoris succeditur.

Nihil ergo iurisconsultus hic mouet de hæreditate patris: sed ita eius quæstio habet: an filii hæreditas ad vxorem & sororem testatoris iure substitutionis pertineat?

SECVNDO controuertunt DD. cur in hoc textu, vxor & soror testatoris non admittantur ex prima substitutione: præsertim quum substitutus substituti primo quoq; substitutus esse intelligatur, vt probant *d. l. si Titius. & d. l. cohæredi. infr. eod. & d. §. sed si instituto. Instit. eod.*

DD. nostri multas, & quantum mihi constat, quinque conciliationes tradunt.

Simplex veritas hæc est: Quod substitutus substituti tum demum primo substitutus intelligatur, si duo concurrant.

I. Neces-

I. Necesse est, vt omnium substitutionum casus existant: At hic deficit casus secundæ substitutionis, non ea ratione, quam DD. adferunt: sed ideo, quod filia cui pupillaris facta fuit, non sit effecta hæres fratris: sed ante illum decesserit.

II. Deinde requiritur, vt de eadem hæreditate quæratur: & per consequens, eadem illa hæreditas, quæ in institutionem venit, etiam in vltimam substitutioné veniat.

Nam vbi de diuersis hæreditatibus agitur, ibi proprie substitutio dici nequit, vt supra ad definitionem substitutionis, vers. (Melius ergo & perspicue respondendum) an notatum est.

At quum hic filia exhæredata, & ante filium mortua sit: aliam ipsius & aliam filii hæreditatem esse constat.

Vera autem ratio rationis hæc est, quæ ex textu colligitur, quod filia non modo à primo gradu exhæredata, verum etiam ad secundū gradum quod attinet, ante fratrem institutum mortua *s* fuerit: quod posterius fundamentum IC. non frustra in textu vrget.

s Mihi cum DD. conuenit, quod hic medium, cuius interuentu extrema copulari oportuit, id est, pupillaris secunda substitutio defecerit. At de ratione, cur pupillaris defecerit, pugna est. Illi dicunt, filiam puberem decessisse. At hoc falsum esse constat. Vera ratio est, quod substitutio pupillaris hanc conditionem habeat: si pupillus, qui institutus est, hæres sit, & impubes decedat: quum hæc filia pupillo substituta, cui pupillariter substitutum fuit, fratris hæres non sit facta, sed ante illum in fata concesserit. Sicut enim pupillo instituto, moriente ante patrem, pupillaris euanescit: ita idem hic est sorore moriente, ante fratrem.

Exclusa est ergo regula præcitata: quod substitutus substituti primo substitutus sit.

Tum (1) quod non aliter locum habeat, nisi casus omnium substitutionum eueniat: & ita *dict. l. si Titius. & d. l. cohæredi. & d. §. sed si instituto.* loquuntur.

Quemadmodum enim destructo principio, ea quæ à principio dependent, subsistere nequeunt: ita & medio sublato, per quod necessario ad extrema peruenitur, ipsa extrema copulari non posse liquet, per prędicta.

At hic prorsus deficit conditio posterioris substitutionis. Nam vxor & soror testatoris filiæ testatoris pupillariter substitutæ fuerunt.

Pupillaris autem hanc habet conditionem, si filia fratri hæres sit, & impubes decedat: quum interim ex textu constet, filiam hanc fratri minime factam hæredem: sed ante illum potius in fata concessisse: qui casus cum pupillari substitutione nihil commune habet: sed casus potius vulgaris est.

Tum (2) quod regula præcitata locum sibi vendicet: quum de eadem *t* hæreditate tractatur: ad quam sublato medio vltimus admittitur: ita vt eadem hæreditas, quæ institutione comprehensa fuit, etiam in vltimam substitutionem veniat.

At hic, quum filia & exhæredata, & ante fratrem mortua fuerit, alia fratris, alia sororis hæreditas fuit. Ita recte *Alciat. h.* u *num. 12.*

Neq; obstat, quod textus *d. l. cohæredi.* dicat, nihil interesse priorne substitutus post institutum, an ante decedat. *x* De vulgari enim substitutione loquitur: *y* cuius conditio *z* negatiua (*Si hæres non erit*) non minus, imo magis verificari potest, si substitutus ante institutum decedat, ac si post eum in fata concesserit: quum de pupillari substitutione res longe

Ccc aliter

t 1. Ad hoc, vt institutio & substitutio dicatur, requiritur eadem hæreditas.

2. Ad hoc, vt hæres hæredis primi hæres dicatur, requiritur eadem hæreditas.

3. Ad hoc, vt substitutus substituti primo substitutus dicatur, requiritur eadem hæreditas.

u Hæc recte ab Alciato proponi arbitror. licet ille ibi alia quædam, ad communem errorem pertinentia, tueatur: quod filia in textu nostro pubes decesserit.

x Ita videbatur etiam hic nihil interfuisse, etsi filia ante vel post filium decessisset.

y Manifeste textus loquitur in vulgari substitutione, quod ex verbis liquet. Ergo & textus §. *sed si instituto.* qui eiusdem argumenti est, sub *tit. de vulg. subst.* refertur.

z Conditio vulgaris est, (*Si hæres non erit:*) hæc verificari potest, etsi substitutus primus ante institutum decedat. At pupillaris conditio est, (*Si hæres erit.*) Hæc locum nullo modo habere potest, si substitutus primus ante institutum decedat. Nam ita hæres non erit.

aliter sese habeat. Illum enim, cui pupillariter substituitur hæredem esse oportet, vt pupillari locus sit. *a*

a Si non sit hæres, casus erit vulgaris.

At in textu hoc nostro, filia, cui vxor & soror testatoris pupillariter fuerunt substitutæ, ante fratrem est mortua.

Ergo quod illi fratri suo hæres minime effecta fuerit, ac proinde conditio pupillaris secundæ substitutionis defecerit, dubitandum *b* non est.

b Nam requiritur ad pupillarem, vt hæres sit is, cui substituitur.

Ad hanc materiam videndi DD. *in l. qui liberis. §. hac verba. in d. l. si Titius. in d. l. cohæredi. d. l. qui habebat. in d. §. sed si instituto. & in d. l. quamdiu. 63. infr. acquir. hæred.* 49

Certum est, substituto præmoriente, ante institutum, nullum ius oriri ex eius persona: & ideo spem substitutionis non transmitti ad eius hæredem. *c* *Castrens. in d. l. qui habebat. num. 2. Gomez. tom. 1. cap. 3. num. 29. Vigl. d. §. sed si instituto. num. 5. Petr. Gregor. in syntag. lib. 42. cap. 16. num. 5. Vaud. lib. 2. quæst. 1. & latissime Trentacinq. de substitut. compend. cap. 14. num. 1. cum mult. seqq.*

c Id est, legitimũ, aliud secundũ DD. in hærede, quem habet ex iudicio defuncti.

Tum (1) quod substitutio, quæ nondum competit, extra nostra bona sit: *l. substitutio. 42. acquir. rer. dom.* Quare is, qui præmoritur, nihil hoc nomine ab hæredes transfert: quum nemo plus iuris in alium transferre possit, quam ipse habet. *l. nemo plus iuris. infr. reg. iur. Petr. Greg. loco relato.*

Tum (2) quod ius conditionale transmissibile non sit. *Gomez. ibidem num. 29. l. vnic. §. sin autem aliquid sub conditione. C. caduc. toll.*

Tum (3) quod hæreditates non acquisitæ, non transmittantur, nisi in tribus casibus, inter quos hic noster non est. *Gomez. & Vaud. vbi supra.*

Tum (4) quod substituto ante institutum, vel ante euentum conditionis moriente, substitutio extinguatur. *Trentacinq. d. c. 14. vbi latissime hac de materia disputat.*

Tum (5) per textus iuris apertos in *l. sed si plures. 10. l. Lucius. 45. § fin. infr. eod. l. si ex pluribus. 9. infr. suis & legit. hæred.* quibus locis aperte traditur, ius substitutionis vulgaris personale videri, ac proinde ad hæredes substituti minime transmitti, si is decesserit, antequam locus esse possit substitutioni.

Et hæc quidem sunt indubitata, si de simplici hærede agitur, quem scilicet substitutus non ex iudicio testatoris habet: aliud est in hærede, quem transmittens habet ex iudicio defuncti, vt est hæres substitutus qui & primo substitutus videtur. Plurimum enim differunt, qui ex iudicio testatoris veniunt ab iis, qui aliter succedunt. *l. qui liberis. 8. §. fin. infr. eod.* & in eum, qui ex iudicio testatoris venit, id est, in substitutum substituti spem substitutionis transire probant *text. d. l. si Titius. d. l. cohæredi. d. § sed si instituto. d. l. quamdiu.* Ita post alios docent *Castr. in d. l. qui habebat. num. 2. Vigl. d. §. sed si instituto. numer. 5. Trentacinq. d. c. 14. num. 18.*

Hisce ita constitutis, quærunt DD. de conciliatione *d. l. qui habebat. & d. l. cohæredi. atque iurium concordantium.* Cur scilicet spes substitutionis in *d. l. cohæredi. & iurib. concordãt.* ad substitutum substituti transmittatur, non autem in *d. l. qui habebat.* aut quod idem est, cur in *d. l. qui habebat.* substitutus substituti primo substitutus intelligatur, contra quam in *d. l. qui habebat.* accidit. 50

In *l. cohæredi.* est talis casus.

Instituti sunt hæredes,
Caius, Titius:
Titius est substitutus
Caio:
Titio substitutus est
Mæuius.

Hic Titius substitutus vulgariter cohæredi suo, ad suum substitutum vulgarem Mæuium non solum suam portionem non agnitam, sed etiam cohæredis nondum delatam transfert, vt: quia Titius iste ante cohæredem Caium moritur: & Caius postea suam quoque partem repudiat: vel aliter hæres esse non potest.

At longe aliter res sese habet in *d. l. qui habebat.*

I. Conciliatio est Dyni in *d. l. si Titius.* quod neque in vulgari neque in *d* pupillari spes substitutionis in substitutum transmittatur. Ita procedit *d. l. qui habebat.* Ad textum autem *dict. l. cohæredi.* quod attinet, ait ille, substitutum substituti Mæuium scilicet, partem

d Hæc est sententia, regulam præcitatam (quod substitutus substituti primo quoq; substitutus intelligatur) neque in vulgari, neque in pupillari substitutione procedere.

tem illam hæreditatis, in qua Titius institutus, & ille Titio substitutus fuit, habere iure cohæredis, t id est, substitutionis: ob alteram autem illam partem, in qua Caius fuerit institutus, opus non esse, vt aliquod ius transmittendi fingamus: quum illam partem accipiat per ius accrescendi. Hanc Dyni sententiam probat *Bart. in dict. leg. si Titius.* quam tamen postea rursus damnat in *dict. leg. cohæredi. & in dict. leg. qui habebat. numer. 1.* Nam textus in *d. l. si Titius.* clare ostendit, substitutum substituti in vtramque partem substitutum esse.

t Breuiter. hoc Dynus voluit, quod substitutus ibi vnã partem illius hæredis, cui substitutus fuit, capiat, vt substitutus: alteram autem partem existimat illum capere iure accrescendi: ac proinde regula illa opus nõ esse: quod substitutus substituti primo quoque, id est, cohæredi substitutus intelligatur.

Capit ergo ille, qui cohæredi est substitutus, partem hæredis vt substitutus: sed & partem cohæredis capit, vt substitutus, ex regula: Quod substitutus substituti primo intelligatur substitutus.

Et hanc opinionem contra *Dyn.* sequitur *Bald.* sibi non satis constans, in *d. leg. si Titius. ibi Castrens. num. 1.* qui putat hanc veriorem, per *d. l. si Titius. Alex. num. 1.* dicens hanc magis communiter teneri, *Ias.* qui testatur hunc intellectum esse verum & communem, quem *Bald* & reliqui omnes (præter *Dyn. Bart.* u *Angel. Salycet. & Nicol. de Neapol.*) teneant. Addit *Ias.* ibi, esse textum *l. si Titius.* memoria dignum. Quod substitutus substituti intelligatur vtrique substitutus. *DD. in d. l. cohæredi. ibi Bart. Alberic. de Rosat. Angel.* sibi contrarius, *Castr.* qui hanc putat veritatem. *Ioan. de Imol.* dicens sibi hanc magis placere, per *d. l. si Titius. Alex. Alciat. num. 2.* qui hanc & receptiorem dicit, & probat, ne eadem verba difformem interpretationem patiantur. *Bart. d. l. qui habebat. ibi Bald. num. 3. Ioann. de Imol. nu. 2. & reliqui. Duaren. ad tit. n. h. sub rubr. de effectu substitutionis vulgaris. ad fin.* qui hanc partem veriorem dicit. *Vigl. d. §. sed si instituto. num.* x 5.

u Bald. in *d. l. cohæredi. in princ.* eandem tenet, sibi parum constans.

x Vtilitatem huius inuestigationis, vtrũ substitutus substituti alteram partem capiat iure substitutionis, an iure accrescendi, tradit *Castr. in d. l. si Titius. & in d. l. cohæredi.* Et licet idem *Castr. in d. l. cohæredi.* communem hanc DD. sententiam (quod substitutus substituti vtramq; partem iure substitutionis accipiat) limitet in *d. l. cohæredi.* in cuius sententiam inclinat *Alex. in d. l. si Titius. num. 2.* hanc tamen restrictionem *Alciat. d. l. cohæredi. num 3.* recte damnat.

II. Quemadmodum autem *Dyn.* vulgarem & pupillarem substitutionem hactenus æquiparat, quod in neutra illarũ spes substitutionis in substitutum substituti transeat: Ita econtrario DD. communem huic sententiæ directo repugnantem opinionem defendunt: quod in vtraque substitutione non modo vulgari, *d. l. si Titius. d. l. cohæredi. in princip. d. §. sed si instituto.* sed & pupillari, *d. l. quamdiu.* spes substitutionis in substitutum substituti transeat.

Ergo vt hæres hæredis primi hæres esse intelligitur: ita & substitutum substituti primi substitutum esse aiunt: & nullam aliam inter has substitutiones (ad præsentem quæstionem quod attinet) differentiam agnoscunt, præter eam, de qua ex Baldo mentionem facit y *Imol. in d. l. qui habebat. num. 2.*

Quod autem in casu *d. l. qui habebat.* spes substitutionis pupillaris in substitutum substituti non transit, id eo fieri contendunt, quod illa filia pubes decesserit.

Hanc autem communis opinionis rationem falsam esse supra ostendi.

y Bald. *in dict. leg. qui habebat. num. 1. & 3.* Vulgaris (inquit) procedit per medium negatiuũ, imo non venit per medium, sed per cessationem medii: quia vulgaris substitutionis conditio est conditio negatiua, si hæres non erit, vnde non requirit existentiam medii per modum affirmatiuum: sed pupillaris procedit per medium affirmatiuum, & in ea requiritur existentia medii.

III. Tertia ergo conciliatio est, quod textus *l. cohæredi. cum concordantib.* in vulgari, textus autem *d. l. qui habebat.* in pupillari substitutione loquatur. Quod quidem verissimum est: sed illi hinc doctrinam generalem statuunt, & existimant, substitutum substituti, z primi quoque hæredis substitutum esse in vulgari substitutione, vbi de eadem hæreditate agitur: aliud esse in pupillari, vbi de diuersis hæreditatibus quæstio sit.

z Id est, hoc volunt, 2. regulam præcitatam (quod substitutus substituti primo quoque substitutus intelligatur) procedere tantum in vulgari, non in pupillari substitutione. Priores duæ opiniones sunt inter se contrariæ: hæc tertia distinguit.

In hanc inclinat *Alber. in d. l. qui habebat.* quam ibi ex professo defendit *Paul. de Castro*, *Duaren ad tit. n. h. sub rubr.* a *de effectu vulgaris substitutionis, prope fin. versic. circa hanc rationem. & rubr. quib. modis pupillaris substitutio finitur. circa fin. versic. tertius casus est.* nec dissentit *Vigl. in d. §. sed si instituto. nu. 6.* qui suam responsionem paululum immutatam à Paulo Castr. accepisse videtur.

a Ibi Duaren. inter alia etiam tractat, quo pacto ex vulgari substitutione succedatur. Proponit regulas tres dignas consideratione.

Hæc sententia etsi textibus præcitatis conueniat, & proinde veritati accedere videatur: indistincte tamen accepta (quasi scilicet aliud in vulgari, aliud in pupillari iuris sit) vera non est.

Tum (1) quod substitutio pupillaris non minus propria substitutio sit ac vulgaris, modo impuberes instituti, non exhæredati sint, vt supra ostensum est.

Ergo institutis impuberibus, in substitutionem pupillarem eadem bona (paterna scilicet) veniunt, quæ in institutionem venere: Quare nihil prohibet & tunc regulæ locum esse, quod substitutus substituti patri testatori substitutus intelligatur.

Vbi autem filiis impuberibus exhæredatis pupillaris fit: ibi improprie substitutionem dici, & regulam præcitatam, propter patrimoniorum diuersitatem cessare constat. Ita vere loquitur *d.l. qui habebat.*

Tum (2) quod præcitata sententia indistinctè accepta, sit contra textum *d. l. quamdiu. & l. vnic. §. sin autem aliquid sub conditione. C. caduc. toll.*

Nam in *d §. sin autem.* dixit Imperator: si præmoriatur is, qui ex testamento lucrum sortitus, vel eo superstite, conditio defecerit: relictum non transmitti, sed manere apud eos, à quibus est relictum, nisi & hic substitutus relictum accipiat.

Et horum textuum argumento *Alex. in dict. leg. qui habebat.* damnat sententiam Castrensis.

Refragatur quoque huic opinioni communis DD. sententia præcitata, quod inter vulgarem & pupillarem distinguendum non sit.

IV. Ergo conciliationem tradit Viglius loco relato, quam tamen ipse refractariis minime satis facturam dicit. quæ apud ipsum videri potest.

V. Et vltimam conciliationem in textu recitatam verissimam esse puto, *b* quod substitutus substituti tum demum primo hæredi substitutus esse intelligatur, quando eadem bona in primam, secundam & tertiam substitutionem veniunt. ita loquuntur *d. l. si Titius. d. l. cohæredi. d. §. sed si instituto.*

b Ego amplexus sum secundam illã DD. communẽ sententiam atq; conciliationem. In hoc tantum a DD. recessi, quod illi putant pupillarem secundam defecisse propter filiæ pubertatẽ. Hoc enim verum non esse constat.

Huc refero etiam pupillarem substitutionem, modo vt omnes liberi instituti sint. Nam tunc in pupillarem quoque eadem, id est, paterna bona venire, ac proprie substitutionem dici, &, quod huius consectarium est, substitutum substituti primo quoque substitutum intelligi constat.

At text. *d.l. qui habebat.* non modo in filia impubere exhæredata, cui pupillaris substitutio facta est, sed etiam de eiusmodi facti specie loquitur, vt necessario alia in primam, & alia in secundam substitutionem bona veniant.

Hoc quoq; tractationi nostræ obiter addendum, regulam præcitatam (quod substitutus substituti primo quoque substitutus intelligatur) huic materiæ sufficere, neque proprie huc transmissionis *c* vocem accommodari.

c Breuiter. quando DD. in hac materia transmissioni locum esse contendunt: tum aliud nihil aut volunt aut dicunt, quam quod nos dicimus: substitutum substituti primo quoque substitutum intelligi.

Tum (1) quod hæreditatis non acquisitæ transmissio in certis tantum casibus fiat: quorum numero hic noster non est, per præcitata.

Tum (2) quod hæreditatis nondum delatæ nulla sit transmissio. *Castr. in d.l. qui habebat. num. 1.*

Tum (3) quod transmissarius sit, quem substitutus facit hæredem.

At substitutus substituti voluntate & vi verborum testatoris vocatur, quod maxime in vulgari substitutione procedit. Vt in præcitata facti specie *d.l. cohæredi.* si

Caius & Titius sint instituti hæredes:

|

& Titius Caio cohæredi substitutus:

|

Titio autem substitutus Mæuius fuerit.

Nam Titio ante Caium cohæredem & mortuo & repudiante: & postea etiam repudiante Caio, Mæuius Caii quoque partem iure substitutionis capit, non quod necessarium sit, vt Titius spem substitutionis transmittat: sed quia horum verborum *(Si hæres non erit)* hæc vis est, si neq; ex institutione, neq; ex substitutione hæres *d* fuerit. *l. mulier. 20. §. fin. infra tit. 1. Alciat. d.l. cohæredi. num. 2.* Quare quum substitutus substituti ex verbis & voluntate testatoris primo surrogatus esse intelligatur, frustra de spe substitutionis transmittenda DD. disputare videntur.

d Sicut appellatione hæredis venit, q primo vel secundo gradu instituitur: Ita ille hæres nõ esse dicitur, qui neq; ex institutione, neque ex substitutione hæres est..

Limita 11. quando *e* statuto cauetur, vt testamẽta intelligantur secundum literam, *Bald. in l. precibus. num. 15. ibi Alexan. & communiter DD. C. eod. Alex. in l. 2. num. 27. vers. alius casus est. ibi Francisc. Rip. num. 42. inf. eod. Ias. l. iam hoc iure. num. 5. vers. secundo limita, quando adesset statutum. Vasqu. de success. progress. libr. 2. §. 15. num. 14. vers. octauus casus. Loriot. de apicib. iur. tit. de substitut. axiom. 15.* vbi hanc receptiorẽ dixit. *Bened. d. verb. si absq; liberis moreretur. el 2. in* 58

e Adde, quæ dico infr. *qu. 4. in effectu 3. vulgaris substitutionis. fallent. 2.*

in ma

in materia pupillaris substitutionis.num.79.vers.quarto fallit. Sfort.de substitut.in mater.pupill.qu.7.limit.4. Trentacinqu.de substitut.in materia vulg.substit.cap.1. num.15. versic.sexto declaratur. vbi eleganti distinctione communem DD. sententiam explicat, *& c.11.num.7.8 9.*

Fallit 12. vt tantum procedat in pupillari facta verbis *f* singularibus (si hæres erit.) Nam tunc vulgaris in ea contenta tacita est. aliud si per hæc verba tantum concipiatur: si in pupillari ætate decesserit. Nam vulgaris ab ea contenta in genere expressa dicitur, vt supra annotatum est: & hanc inter fallentias refert *Trentacinq.loco relato.num.16. vers.septimo declaratur.*

f Idem in vulgari. Nã non aliter continet pupillaré plane tacitã, nisi hæc verba (*Si hæres non erit*) aut alia, quæ sub hisce contineãtur, fuerint expressa.

52 Fallit 13. quando liberis suis impuberibus testator extraneum pupillariter substituit, in testamento inter liberos imperfecto. Nam quum eiusmodi testamentum tantum inter liberos valeat: *l.hac consultissima.§ ex imperfecto C.de testam.* vbi hæc doctrina sufficienter declarata fuit: consequẽs modis omnibus est, eiusmodi pupillarem substitutionem *g* prorsus vitiari: & vulgarem tacitam continere non posse. Ita tradunt *Bart. & alii communiter in l.2.infr.eod.* Quam communem dixit *Vasq.de success.progress.lib.2. §.14.num.117. & §.15.num.14. vers.tertius casus. Trentacinq.de substitut.vulgar. c.1.num.18. vers.nono declaratur. & in mater.pupill.c.13.num.2.vers.secundus casus.* vbi ad omnia fundamenta contraria respondet.

g Aliqui contendũt, hanc pupillarem quidem valere sed non continere vulgarem tacitam: quum vulgaris patris fauore concernat: & per eam patri succedatur: pupillaris autem liberorum fauorem respiciat: quorũ consideratione parentib. concessa sit potestas testamẽtum inter liberos imperfectũ faciendi. Sed verius est, hanc pupillarem neq; valere, neq; tacitã vulgarem continere.

53 Limita 14. Nam etsi per *Auth.ex causa. C.liber.præter.* conseruetur pupillaris substitutio, ex communi & vera DD. sententia. *DD. in d.l.2.ibi Alciat.num.41.cum seqq.* vbi scribit, punctum quidem disputabilem, sed hanc receptiorem esse. *Vbert.de Crem. Alber.de Rozat. Bart. Alexand.* & alii, quos adduxi in materia testamentorum, ad *d.Auth.ex causa. ampliat.3. Gomez.tomo 1.c.3.num.24. latissime Trentacinq.de substitut.part.2.cap.14.quæst.5.num.11. vsque 17.* Tamen sub illa pupillari, tacita vulgaris nequaquam continetur: quum ex causa exhæredationis, vel præteritionis testamentum irritum sit, quantum ad institutiones. Quod autem de institutionibus textus dixit, id etiam ad vulgarem substitutionem pertinet, per quam non minus atque per institutionem filio iniuria infertur, & testatori, qui peccauit, succeditur. Ita tradunt DD. in *d.l.2.ibi Alciat.num.45.* qui rectè scribit, substitutionem vulgarem nil aliud quam institutionem esse. *ibi Francisc.Rip.num.42. Bart.Bald. Castr. & alii ad d. Auth.ex causa. ampliat.1 à me citati.* Vnde liquet, hanc receptam sententiam esse. *Vasqu.de success. progress. lib.2 §.15.num.14.vers.quartus casus. Gomez.d.c.3.num.24. Trentacinq.d.c.1.numer.18. vers.decimo & vltimo declaratur.*

54 Declara 15. Nam duorum testimoniis *h* hic effectus pupillaris impeditur, ne scilicet sub ea vulgaris contineatur, si deponant testes, se hoc à testatore quandoque audiuisse. DD. in *l.quamuis. ibi Bald. num.1. Salycet. num.4. Alexand.num.2. Ias.num.1. vers.primo si apparet. C.eod tit.* Sed verius est, si post testamẽtum factum talis protestatio emissa dicatur, septem testes hic esse necessarios. Tum (1) quod hic de adimenda substitutione, & per consequens, de hæreditate agatur, nec testes de voluntatis declaratione tantum, sed de ipsa contraria voluntate deponant. Ita post *Dec. Loriot.de apicib.iur.tit.de substitut.axiom.14.* Tum (2) quod ad declarationem eorum, quæ in testamento à testatore disposita sunt, tum demum duo testes sufficiant, quando illa tendit ad reddendam certam dispositionem iam factam, quæ obscura erat. Secus autem vbi declaratio respicit dispositionem iam factam, quæ de iure certa est, vt hic, & testator illam aliter declarare vult. Tunc enim requiritur solennis numerus testium: quum

h Vide quæ dico infra *qu.4. effectu 3. fallent.1.*

ista non sit propria declaratio, sed noui iuris datio, aut eius, quod iam datum est, ablatio. *Dominic. de Magdal. de num. testium. in testament. requis. part. 1. cap. 30. num. 11.* Quibus addantur, quæ ad *l. hæredes palam. §. si quid post. de testam. i* annotata sunt.

Et hæc de substitutione vulgari prorsus tacita, in qua vtrumque extremum vulgaris substitutionis expressiuum deficit, sufficiant.

55 Quædam autem species vulgaris posterius extremum solummodo habet expressum, cuius rei hæc exempla sunt: Titium instituo, & ei Sempronium substituo. *Couarru. cap. Raynutius. §. 4. numer. 4. extr. testament.* Item, filium impuberem substituo, & si impubes *k* moriatur, Caium illi substituo.

Nam & hac forma DD. communiter vtuntur. *Benedict. d. verb. si absque liberis moreretur. in materia vulgaris, num. 23.* Referunt huc etiam DD. communiter substitutionem vulgarem, quæ sub reciproca aut compendiosa *l* continetur: puta, ita facio substitutionem: *vos inuicem substituo.* aut ita: *Quandocunq; decesseris, substituo tibi Caium.* DD. hic.

i Memini de hac materia etiam in tract. testamētorū, ad regulam: quod septem testes in testamento necessarii sint. *fallent. 36.*

k Specialia verba pupillaris sunt hæc: si in pupillari ætate decedat: & hæres sit.

l Diligenter aduerte, *Leon. de vulg. num. 25. & 26.* cum aliis dicere, quod vulgaris contenta sub compendiosa, sit generaliter expressa, sicut & illa, quæ est sub reciproca. At *num* 48. videtur quodammodo dicere, verba illa compendiosæ (*Quandocunque decesserit, Caium substituo,*) talia esse, quibus non posterius modo, sed & prius extremum exponatur. Hæc enim verba, (*Quandocunque decesserit,*) verba esse negatiua innuit, seu priuatiua: quum idem sit decedere, quod non viuere, &c. At si præcitata verba essent priuatiua seu negatiua, & constituerent primum vulgaris substitutionis extremum, iam illa substitutio singulariter foret expressa: & pupillaris sub ea contenta prorsus esset tacita. Quare ille locus cum iudicio inspiciendus erit. Verum est, quod verba (*Quandocunque decesseris*) ad institutum referantur: negatiua autem & priuatiua esse non possunt, prout illa verba sunt, quæ primum vulgaris substitutionis extremum constituunt: sed generaliter accipiuntur, quandocunque decesserit, id est, ante vel post aditam hæreditatem, ante vel post pubertatem, &c.

In hisce enim formulis videmus, prius extremum vulgaris substitutionis prorsus deficere: posterius expressum esse. Quum enim vocabulum substitutionis in exemplis pręcitatis, ad nullam substitutionis speciem restrictum sit: sequitur, illud per interpretationem declaratiuam, vt DD loquūtur, id est, sua generalitate omnes substitutionum species, ac proinde etiam vulgarem comprehendere, si eius casus eueniat. *DD. h. Benedict. loco relato, in materia vulgaris, num. 27.*

Hæc vulgaris substitutionis forma non est omnino tacita: quum posterius extremum expressum habeat: neq; est prorsus expressa: quum priore extremo destituatur. Ergo respectu eius substitutionis, quæ prius quoque extremum in specie aut singulariter expressum habet, tacita dicetur: respectu autem eius, quæ neq; prius neq; posterius extremū expressum habet, sed prorsus tacita est, & in pupillari atque exemplari continetur, propter posterius extremum in genere expressum, expressa dicetur. Vt proinde ratione verborum mixta, id est, partim expressa, partim tacita dicatur. Tacita quidem, ratione specialium & singularium verborum: expressa in genere, propter substitutionis genus expressum. In specie ergo vel singulariter expressa dici nequit, quum verbum generale substitutionis omnibus formis ex æquo conueniat. *Sfort. de vulg. q. 3. vers. expressa in genere.* Prorsus autem tacita non est, sed in genere expressa. 56

Tum (1) quod illud expressum dicatur, quod venit ex mente legis, vel sub generalitate *m* verborum. *l. Gallus. §. 1. liber. & posthum.*

m Ibi dicitur in lege expressum, quod videtur oculo corporis, vel mentis, id est, quod bona consequentia sine sophistica, ex verbis legis deducitur. *l. 2. §. verbum hoc. infr. verb. signif.*

Eadem regula in diuinis scripturis valet, vt pie docet Viglius Martyr in disputatione inter Sabellium, Photinum, Arrium & Athanasium *fol. 20. in edit. Colon. Anni* 1555.

Trinitatis vocabulum in scripturis non extat: At res ipsa, quod videlicet vnus verus DEVS, & in vna Deitate tres

personæ

personæ sunt, multis in locis scripturarum luculente exponitur, 1. *Ioan. 5. vers. 7.* dicitur: Tres sunt, qui testificantur in cœlo: Pater, Sermo, & Spiritus sanctus, & hi tres vnum sunt.

Vocabulum ὁμοούσιος in scripturis non extat. At res ipsa, quæ hac voce exponitur, in scripturis habetur, vt *Beatus Viglius* loco relato docet.

Vox sacramenti, quo Ecclesiæ vtuntur, in scripturis non extat. Nam in epistola ad *Ephesios cap. 5. vers. 32.* mala est translatio. Ideo Dominus *Philipp. Melanchthon* interrogatus, an nihil reciperet præter id, quod in scripturis disertis verbis esset perscriptum, respondit: se amplecti & ea, quæ in scripturis diserte essent perscripta, & quæ bona consequentia, sine sophistica ex scripturis deducerentur. Idem prosequitur *Arnald. Albertin. de agnoscend. assert. haret. qu. 4. num. 1. & seqq. Simanc. de catholic. institut. tit. 28. num. 16.* qui requirit, vt dogma ex scripturis ita inferatur, vt omnes præterrim sapientes sint persuasi, id dogma scripturis inesse, & illic comprehendi.

Bart. n *in l. Prætor. §. interdictum hoc. per illum textum. cum gl. super verb. expressum. num. 1. & 2. infr. nou. oper. nunc. Bart. & DD. h. ibi Ias. num. 15. Barth. Socin. num. 13. Petr. Gregor. in syntagm. iur. lib. 42. cap. 12. num. 3. DD. in suis tract. vulgar. substitut. puta, Fumæus num. 13. Leon. num. 26. 27. Trentacinq. c. 1. nu. 4.* Vt enim tacitum proprie dicitur, quod non ex verbis sed ex interpretatione extensiua venit, vt in *d. l. iam hoc iure.* ita expressum est, quod vel ex verbis ita apparet, vt oculo corporis videri possit, aut oculo mentis videtur, id est, ex verbis bona consequentia colligitur. Et ita ex genere vniuersim expresso, speciem bona consequentia, absque vlla extensiua interpretatione colligimus: *Leon. & DD. locis relatis.* Quinimo quum in contractibus, in quibus stricta fit interpretatio, illud expressum dicatur, quod sub verbi generalitate venit: *l. fin. C. quod cum eo.* multo magis idem in vltimis voluntatibus erit, in quibus latior interpretatio fieri consueuit. *Ita Ias. hic. num. 15. Benedict. loco relato num. 14.*

n *Ias. h. num. 15. & Benedict. loco relato, num. 14. Petr. Gregor. in syntagmat. iur. lib. 42. cap. 12. num. 3.* allegat *Bald. in l. prætor* qui hac de re nil habent in meo codice, voluerunt adducere Bartolum.

Tum (2) quod substitutiones, quæ sub relatis formis o comprehenduntur, eundem cum expressis substitutionibus effectum habeant (nisi quod in specie expressæ tacitas sub se substitutiones contineant) Vt enim iure communi pupillaris expressa matrem pupilli excludit: p *l. Papinianus. 8. §. sed neque impuberis. supr. inoffic. testament. cap. si pater. de testament. in 6.* Ita idem in ea pupillari est, quæ sub reciproca, aut compendiosa continetur. *l. Lucius* q *45. infr. eod. tit. l. in testament. 6. C. testam. milit. l.* r *precibus. ibi DD. communiter. C. eod. DD. h. ibi Barth. Socin. num. 13. Benedict. loco relato, in materia vulgaris. num. 23. Gomez. tom 1. cap. 3. numer. 12. DD. in suis tractat. Sfort. quæst. 3. versic. quarto limitatur quo ad effectum. Leon. num. 25. Trentacinq. cap. 1. num. 3. & 7.*

o Cur effectus competit, alii etiam nomen merito tribuitur. Sed hisce formis tribuitur effectus expressarũ substitutionum. Ergo, &c.

p Aliud autem in cõstit. Sax. part. 3. c. 8.

q Ibi testator habuit filium legitimum & naturalem simul, & naturalem tantum, eos instituit, & reciproce sibi mutuo substituit. Filius legitimus anniculus decessit. Quæritur, an ad fratrem illius hæreditas (Ratio dubitandi, quod pupillaris matrem excludat) ex substitutione, an ad matrem ab intestato pertineat? Dixit Iureconsultus, hæreditatem filii ad matrem ab intestato pertinere. Eam ob causam, (Ratio decidendi, quod propter imparitatem personarum hæc reciproca non contineat pupillarem) quod in naturalis filii persona, duplex substitutio locum non habeat: eoque reciproca hæc propter imparitatem, pupillarem, cuius casus accidit, continere non possit. Clare ergo IC. vult, si nulla fuisset liberorum imparitas: sed reciproca pupillarem quoque continere potuisset: quod per eam mater fuisset exclusa.

r Verba textus apertissima: Si vero substitutio in secundum casum vel expressa, vel compendiosa non vsque ad certam ætatem facta reperiatur: si quidem intra pubertatem decesserit, eos habeat hæredes, quos pater ei constituit. Ecce textum clarissimum, qui pupillarem expressam, & eam, quæ compendio facta est, æquiparatit.

Et hanc sententiam, quod præcitatæ formæ in genere expressæ dicantur, tenent *Bart. h. numer. 7. Alex. Ias. num. 15. cum sequenti. Barth. Socin. num. 13. Alciat. num. 10. cum seq. & reliqui communiter. Bart. & DD. communiter, d. l. in testamento. C. milit. testament. DD. in d. l. iam hoc iure. & in d. l. Lucius. infr. eod. DD. in d. l. precibus. Benedict. d. cap. Raynutius loco relato, num. 12. 17. 24. ibidem Couarru. §. 4. numer. 4. Vacon. lib. 4. declarat. 62. per tot. Gomez. d. cap. 3. numer. 12. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 3. nu. 1. DD. in tract. suis, vt Sfort. q. 3. vers. partim tacita, partim expressa. Leon. num. 26. 27. Fumæus num. 13.* qui tamen

num.14. de compendiosa dissentit, existimans sub ea vulgarem in genere expressam non contineri, sed prorsus *s* tacitam. *Trentacinq.* qui hanc interpretum doctrinam communem & verissimam dicit, *Petr. Gregor. d.c.12. num.3. Graff. d.§ substitutio.q 7.num.2.*

Etsi *Christoph. Castel. Fulgos. & Aretin. in d.l. in testamento.* præcitatas formas omnino tacitas esse dicant, quemadmodum refert etiam *Trentacinq. d.c.1.num. 4.vers. ex ante dictis.* Tum per *d.l. precibus. ibi,* si vero substitutio vel in secundum casum expressa, vel *t* compendio, non vsq; ad certam ætatẽ facta sit. Tum per *d. l.* u *iam hoc iure.* vbi ius Diui Marci ad tertium genus substitutionis tractum dicitur. Ergo vt circa regulam illius textus de extensiua interpretatione & tacitis substitutionibus Iureconsultus agit: ita credendum etiam sub genere substitutionum, ad quod ibi extensio facta dicitur, vulgares & pupillares prorsus tacitas contineri. Quibus textibus vltra D D. respondet *Trentacinq. d.c.1.nu.3. vers. tertio probatur. & num.5.*

s Occasio erroris; quod existimauerit, compendiosam esse peculiarẽ substitutionis formam seu speciem.

t Coniunctio ponitur inter diuersa. Sed ponitur hic inter expressam in secundum casum, & inter compendiosam. Doctores respondẽt, verum esse, diuersa hæc esse, quum vna in specie, alia in genere expressa sit. Id tamen non obstare, quo minus vtraque expressa dicatur.

u De *l. iam hoc iure.* iam dixi meam sententiam. Ego arbitror Fulgosii, Castellionei, & Aretini intellectum esse verissimum: sed propterea a communibus & receptis theoricis in consulendo & iudicando recedendum non puto.

Circa harum formarum appellationem tria à DD. nostris disputari video. 57

I. Quærunt, num hæ formæ dicantur prorsus tacitæ, an potius sint in genere expressæ? Communis sententia est, quod sint in genere expressæ: Tum (1) propter genus substitutionis expressum: Tum (2) quod hæ formæ eundem cum substitutione in specie expressa effectum habeant. Ergo sententia Fulgosii, Castellionei & Aretini communiter damnatur.

II. Quærunt, quæ sit ratio appellationis, cur hæ formæ dicantur in genere expressæ? *Vacon. lib.4. declaration.7.& 9.* Dicuntur in genere expressæ, non quod compendiosa, aut reciproca genus sit vulgaris substitutionis: sed quia est velut totum quoddam collectiuum: & omne totum genus largo modo appellari potest. Ego hanc rationem non recipio. Tum (1) quia generaliter expressæ formæ non tantum sunt sub reciproca & compendiosa, sed etiam sub hac forma: *instituo te, & tibi Caium substituo.* & sub hac forma: *instituo te fili, & si in pupillari ætate decedis, substituo tibi Caium.* Tum (2) quod in genere dicantur expressæ propter vocem substitutionis expressam, quæ nisi restricta ad tertiam speciem sit, genus est: & de omnibus speciebus prædicatur. Ita DD. nostri hanc rem recte explicant.

III. Quærunt, si in genere expressæ recte dicuntur, num propterea mixtæ appellari possint ratione verborum, id est, tacitæ, propter verba specialia & singularia: & expressæ, propter verba generalia. *Bart. & DD. communiter* aiunt, quod sic. Iason hoc membrum impugnat. Sed à doctrina Bartoli non est recedendum: quæ non modo communis, sed & verissima est.

Hæc tamen sententia, quod præcitatæ formæ *x* expressæ substitutiones sint, declaratur I. Nam non in specie aut singulariter, sed in genere expressæ habentur per ea, quæ iam annotata sunt, atque ita glossæ iuris nostri, quæ varie hac de re loquuntur, conciliandæ sunt: *Benedict. loco relato. num.12. & 17.* 58

Limita 2. Nam dispositio facta per verba generalia, quæ non nisi in vna specie verificari possunt, censetur specialis: puta, reciproca à patre duobus filiis imparibus facta est, quo casu tantum vulgaris casus continetur, *d. l. iam hoc iure. d. l. Lucius. d. l. in testamento.* Ergo non obstantibus verbis generalibus, vulgaris in specie expressa intelligitur, *per reg. leg.1. & 2.* y *supr. liber. & posthum. Ias. h. num. 20. ibi Bart. Socin. numer.13. Benedict. loco relato num.17. Sfort. de substit. in materia vulgaris, quæst.3. versic. tertio limitatur,* *quando*

x Hæc sententia, quod expressum id recte dicatur, quod in genere expressum est, limitatur etiam extra nostram materiam in genere aliquot modis. Videndus *Alexan. hic. num.10. Ias. num.15. vsque 20* qui 4. modis limitat. *Barthol. Socin. num 13.* duob. modis restringit. illa omitto. Videbimus de nostra materia, quod substitutiones hę expressæ dicantur.

y Nominatim exhæredandus est filius: nominatim autem exhæredatus & ita videtur: *filius meus exhæres esto:* si nec nomen eius expressum sit: si modo vnicus sit. Vt ergo vox illa speciei *filius*, indiuiduum sensum habet, si in vno tantum indiuiduo verificari possit: ita idem in vocabulo *substitutionis* iuris est.

quando reciproca. Ita verba specialia: *si hæres non eris, instituto seruo necessario hærede*, indiuiduum sensum habent: quum non comprehendant casum noluntatis, sed tantum in casu impotentiæ verificari possint. *Sfort. d.q.3. vers. hoc autem fallit in eo.*

59 Limitatur 3. quando in reciproca casus vulgaris in specie est expressus: puta, instituo vos, & si alter hæres non erit, vos inuicem substituo. Hæc enim reciproca non minus ac vulgaris in specie expressa continet pupillarem omnino tacitam, quæ matrem non excludit: quum quidem alias per pupillarem sub reciproca contentam mater excludatur. *Ita post Bart. tradit Ias. in l. Lucius. num. 28. infr. eod.* vbi hanc Bartoli limitationem singularem dicit. *Idem Ias. h. num. 21. ibi Alciat. num. 12. Alex. d. l. iam hoc iure.* Estq; conclusio ab omnibus approbata, *vt per Dec. in d. l. in testamento. num. 16. C. milit. testam.* licet ille disputet. *Sfort. d.q.3. vers. vnde limitatur primo. Trentacinq. d.c.1. num. 5. & 6. Graff. d. §. substitutio. q. 7. num. 2.*

Limita 4. vt non procedat, si in reciproca expressus sit casus pupillaris substitutionis. Nam tunc pupillaris in specie expressa dicetur, & continebit vulgarem prorsus tacitam seu coniecturatam. *Alciat. d. l. 1. num. 12. Sfort. d.q.3. vers. tertio limitatur.*

60 Limita 5. si compendiosa cum distinctione temporum facta sit: puta, z *si filius impubes, vel alias quandocunque decesserit.* Nam si pupillus intra pubertatem, non adita hæreditate, moriatur, vulgaris prorsus tacita censebitur: *a* si vero post pubertatem moriatur, ex vulgari expressa propter generalia verba succeditur. In hanc sententiam *Ang. & Ias. citat Alciat. h. num. 12. 13.* sed ipse recte ab hac sententia discedit, & veriorem Bartoli sententiam hoc quoque casu esse existimat, vt vulgaris compendiosa semper expressim contineri dicatur.

z Hic aliquibus videntur duæ formulæ substitutionum pupillaris expressa in specie, & compendiosa.

a Vera hæc sententia esset, si illa verba (*Si filius impubes moriatur,*) formulã pupillaris in specie expressæ constituerent. Quod non est.

Limita 6. Nam licet substitutiones in genere & in specie expressæ, eundem effectum operentur, per prædicta: tamen hactenus differunt, quod substitutiones in specie expressæ, prorsus tacitas contineant. Ita vulgaris in specie expressa tacitam continet pupillarem: & econtra expressa pupillaris tacitam continet vulgarem, quod de expressis in genere dici non potest. Nam omnes substitutionum formæ, quæ in reciproca aut compendiosa continentur, expressæ in genere sunt. Idemque est de hac forma: *Instituo te, & Caium tibi substituo:* & de hac: *Instituo te, fili, & si impubes decedas, Caium tibi substituo*, per prædicta. Hæc de vulgari in genere expressa sufficiant.

61 Quædam porro vulgaris vtrumque extremum habet expressum, & subdistinguo. Nam aut prius extremum per verba specialia ita est expressum, *si hæres non eris, Caium substituo: Bart. h. num. 9. ibi DD. communiter. Benedict. loco relato, num. 16. DD. in suis tract. Sfort. d. qu. 3. vers. expressa in specie. Leon. num. 24. 25. Trentacinq. d.c.1. nu. 7.* Aut vero loco prioris extremi casus indiuidui atq; singulares, impotentiæ atq; noluntatis, qui sub specialibus verbis continentur, expressi sunt. Et si quidem vterque casus indiuiduus fuerit expressus, omnimodo substitutio expressa dicetur: si autem alter tantum fuerit expressus, substitutio ratione casuum singularium & indiuiduorum, mixta, id est, partim expressa, partim tacita dicetur: puta, testator ita substituit: *si Titius hæres esse nolit, Seius hæres esto:* quo ad noluntatis casum substitutio hæc expressa est, sed quo ad casum impotentiæ, tacita & sic mixta. Quæ Bartoli subdiuisio ab omnibus DD. hic, & locis relatis, & à Zasio etiam atq; Alciato *b* probatur.

b Hi enim duo non videntur mixtã aliquam ratione verborum, sed tantum ratione casuum agnoscere.

Quæ-

Quærunt autem DD. vtrum substitutio vulgaris in alterum casum, puta, noluntatis facta, etiam ad casum impotentiæ ex tacita testatoris voluntate producatur. Quam doctrinam vtilem, & in hac materia præcipuam, *Iaf. h. num. 24.* & articulum pulcherrimum atq; latissimum appellat. *Leon. in materia vulgaris, num. 71.* 64

Et affirmatiuam quidem sententiam, post *Guilbel. de Cum. in l. precib. & Ryner. in materia substitut. vulgaris,* tenet *Bart. h. num. 14. & 15. Alex. num. 11. Iaf. numer. 24. Barth. Socin. num. 13. versic. an substitutio vulgaris. Zas. numer. 18. DD in l. Gallus. §. & quid si tantum. de liber. & posthum. DD. in l. 3. C. de hared. instituen. Guilbel. Bened. d. cap. Raynutius loco relato, num. 26. & 43. ibi Couarru. §. 4. num. 5. Gomez. tomo 1. cap. 3. num. 10. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 3. interpr. 2. dub. 1. solut. 6. num. 61. Petr. Gregor. in syntagm. iuris lib. 42. c. 12. num. 4. DD. in suis tract. puta, Zas. vers. primus igitur effectus. Sfort. qu. 3. vers. si autem testator vnum quidem casum. Leon. num. 71. cum mult. seq. vsque 112. Trentacinq. c. 1. num. 25. vsque 31. Graff. d. §. substitutio. q. 7. num. 7.*

Et licet *Alciat. h. num. 47.* exceptis tribus casibus, de quibus *ibi num. 25. & seq.* regulam in contrarium constituendam putet: & contra Bartolum etiam teneat *Duaren.* c *ad tit. n. h. Lancellot. Polit. in materia substitutio. vulgaris, 7. q. princ. Chifflet. c. 11.*

c Hic quidem videtur distinguere, sed cõtra communem tenet, quod vnus casus non trahatur ad alterum, nisi volũtas testatoris hæc appareat. At DD. communiter in dubio, vnũ casum ad alterum trahunt, nisi testatoris volũtas repugnet. Tenet ergo ille contra communem.

Aliud est interpretari, aliud supplere. Interpretamur generalia, supplemus specialia. Interpretationem facere possunt iuris interpretes. Nam quæ generaliter dicta sunt, ad species recte producimus. At quæ de vna specie in iure disposita sunt, ea ad alteram produci non possunt sine iuris suppletione. Hoc est vnum de fundamentis eorum, qui contra Bartolum tenent.

Simile thema habuimus in materia testamentorum, circa definitionem testamenti, vbi multis verbis explicui illam quæstionem: quum in definitione testamenti appellatione mortis veniat mors naturalis, an quæ ibi de morte naturali dicuntur, etiam recte trahi possint ad mortem spiritualem Minoritarum. Retuli etiam obiter omnium DD. hac de re disputationes.

Et quia contrariæ opinionis præcipuum fundamentum consistit in textu *l. commodissime. de liber. & posthum.* De qua *Alciat. h num. 47.* scripsit: quod communis opinionis propugnatores illum variis modis eludere conati sint: omnes tamen vel inepte, vel cauillose: ego vos ad ea remissos volo, quæ de intellectu illius textus in materia institutionis hæredum, d requisito V. *vers. infer tertio ad materiam l. fin. C. posthum. hared. institu.* proposita sunt.

d Adde *Alexand. h. nu. 11. ibi Iaf. nu. 23.*

Priorem tamen opinionem communem & receptam, *Benedict. Couarru. Sfort. Leon. Trentacinq. Graff. locis relatis.* imo receptissimam *Alciat. h. nu. 24.* & veram dixere *Bart. h. num. 14. Leon. loco relato, num. 111.* e

e Hæc sententia nititur textibus & rationibus bonis.

Tum (1) per *l. Gallus. §. & quid si tantum. de liber. & posthu.* vbi casus mortis filii, per quem nepos suus auo efficitur, ad similes casus, puta, ad emancipationem, & aquæ atque ignis deportationem producitur. 65

Tum (2) per *l. fin.* f *C. inst. & subst.* vbi substitutio facta in casum, si posthumus non nascatur, trahitur ad casum, si nascatur & impubes decedat, modo pater cohæres non sit in medio: qui duo casus contrarii inter se sunt ac proinde maius dubium habent, quam casus noluntatis & impotentiæ.

f De textu huius sententiæ, ea videnda, quę supra ad regulam, quod pupillaris substitutio tacitam vulgarẽ contineat, *fallent. 5.* annotata sunt.

Tum (3) per *l. fin. C. posthum. hared. institu.* vbi decisio *l. commodissime* g *10. de lib. & posthum.* à Iustiniano emendatur: & prouisio testatoris in vnum casum mortis facta, ad eum etiam casum producitur, si posthumus viuo testatore, editus sit: ad quæ iura ea repetenda erunt, quæ in materia institutionis hæredum, requisito 5. §. Infer tertio ad materiam *l. fin. C. posthum. hared. instit.* dicta sunt.

g Decisio illius legis hoc habet: eum, qui sibi prouidet in vno casu, non videri in alio casu omisso sibi prouidere.

Tum

Tum (4) per textum in fortioribus terminis, in *d. l. iam hoc iure.* Vbi casus vulgaris ad casum pupillaris: & econtra casus pupillaris ad casum vulgaris porrigitur: quum in nostra quæstione non de diuersarum substitutionum, sed de vnius vulgaris casibus quæratur, num scilicet casus noluntatis ad casum impotentiæ, aut econtra, casus impotentiæ ad casum vulgaris trahatur.

Adducuntur quidem multo plura pro Bartolo fundamenta, vt videri potest apud *DD. h. & maxime apud Ias. num.* h *24. Trentacinq. loco relato.* Hæc tamen præcipua sunt.

64 Etsi autem aliqui eorum, qui pro contraria sententia propugnant, excipere soleant: quod in legibus præcitatis ab ipso iure suppletio facta sit: nobis autem idem absque legis authoritate non licere: neque vllum in iure textum extare, qui in hac materia substitutionum casum impotentiæ ad casum noluntatis produxerit, aut econtra: Tamen DD. communiter recte replicant, nihil hanc exceptionem causam aduersæ partis iuuare.

Tum (1) quod eadem ratio ambos casus, noluntatis scilicet & impotentiæ comprehendat. Quum enim testatorum maxime intersit, vt hæredes habeant: & proinde eorum testamenta non subuertantur, si forte hæres scriptus aut hæres esse nolit, aut morte præuentus hæres esse non possit: iure constitutum est, vt in locum primi hæredis deficientis alius substitui posset, *l. vnic. in princ. C. caduc. toll.* Hac ratione (ne scilicet testamenta subuertantur, sed potius effectum habeant) testatores permoti, vulgares substitutiones faciunt. Quum ergo hæc ratio tam militet in vno casu, noluntatis scilicet, quam in altero casu impotentiæ: sequitur alterum casum expressum, ad alterum non expressum produci. Neq; hic aliqua legis suppletione opus est, quæ tunc solummodo locum habet, quum alter casus prorsus omissus *i* est. At vbi eadem ratio est, casus alter prorsus omissus dici non potest: quum dispositio tunc propter ratione generalem, omnes casus non tam per extensionem quam per inclusionem comprehendat. *DD. h. ibi Zas. nu. 18. Alciat. num. 31. versic. tertius est. Menoch. remed. recuperan. 14. num. 18. Petr. Gregor. in Iureconsulto lib. 5. cap. 12. numer. 16. Idem in syntagm. iur. lib. 42. cap. 12. numer. 5. ibi, finis propter quem. Trentacinq. d. cap. 1. numer. 30. versic. ex supra dictis constat.* Hinc recte dicimus de similibus, quæ scilicet vna ratione comprehenduntur, idem esse iudicium. *DD. hic, ibi Alciat. num. 36. Petr. Gregor. d. cap. 12. num. 4.* Et constat casus noluntatis & impotentiæ etiam alias in iure parificari. *l. 1. §. fin. supr. procurat. c. prudentiam. § adiicimus de offic. deleg. Alciat. h. num. 36.*

65 Tum (2) quod sine iuris suppletione, vnus casus ad alterum trahatur, non modo vbi euidens coniectura voluntatis est: *l. si mater.* k *3. C. institut. & substitut. leg. fin.* l *C. donat. quæ sub modo. Alciat. h. numer. 29. versic. alter casus. Duaren. ad tit. n. h. sub rubr. quibus verbis fiat vulgaris substitutio.* Verum etiam quando verosimiliter de omisso quoque casu testator dispositurus fuisset, si de eo cogitasset. *l. Titius. 25. §.* m *Lucius. ibi Bart. & cæteri. supr. liber. & posth. l. mulier.* n *22. infr. ad SC. Trebell. Ias. h. num. 24. ibi Alciat. num. 29.*

Bene-

h Ille n. habet fundamenta.

i Hic alter casus prorsus omissus nō est, neque de facto: quia vna ratio vtrumq; casum comprehendit: neque de iure: quia decisio nostra in iure extat in fortioribus terminis. Ergo iura illa in fortioribus terminis loquentia recte ad hunc casum accommodamus. *l. non possunt. sup. legib. cum similibus.*

k Conditio emancipationis verificatur etiam per mortem naturalem, vel emancipationem.

l Etiam in contractibus sufficit aliquid fieri per æquipollens. Ergo donatio, facta sub conditione emancipationis, habet effectum, quandocunque donatarius efficiatur sui iuris.

m Fauore testamenti natus, habetur pro non nato.

n Fideicommissum in tempus mortis patris filio relictum debetur, etiam filio emancipato. Et sic casus mortis porrigitur ad casum emancipationis.

o In quo ſcilicet teſtator veriſimiliter de alteroquoq; diſpoſuiſſet, ſi de eo cogitaſſet. Idque hinc manifeſtū eſt, quod vna ratio vtrumq; caſum comprehendat.

Benedict. loco relato. num. 26. At talis noſter caſus eſt. o *DD. h. Petr Greg. d. c. 12 num. 4.* Et hæc quidem interpretatio facilius ſumitur in conditione neceſſaria ad actum. Vt enim conditio voluntaria regulariter in forma ſpecifica implenda eſt: ita qui neceſſariam conditionem actui adiicit, ad effectum tantum reſpexiſſe putatur. Vt proinde non referat, quid ex æquipollentibus fiat: ſed vnus caſus expreſſus ad alterum non expreſſum porrigatur. *d. l. Gallus. §. & quid ſi tantum. ibi Bart. & DD. Alciat. h. num. 29. Graſſ. d. q. 7. num. 8.* At talis eſt conditio noluntatis vel impotentiæ, quæ vulgari ſubſtitutioni adiicitur. Nam ſubſtitutio vulgaris in ſpecie aut ſingulariter expreſſa dici non poteſt, niſi primus caſus (*Si hæres non eris*) in p ſpecie aut ſingulariter exprimatur. *Benedict. loco relato, in materia vulgaris, nu. 26. Trentacinq. d. c. 1. num. 30. verſ. aut hæres cui facta fuit ſubſtitutio. & num. 31.*

p Hoc quidem verum eſt, teſtatorem vnum caſum indiuiduum exprimere, aliū omittere poſſe. At vulgaris expreſſa in ſpecie aut ſingulariter fieri nullo modo poteſt, niſi primus caſus in ſpecie aut ſingulariter exprimatur. Neceſſaria ergo eſt primi caſus ad vulgarem ſubſtitutionem expreſſio.

Tum (3) quod nobis quidem ex noſtro capite ſuppletiones facere non liceat: At ſuppletionem à iure factam recte ad deciſionem caſuum ſimilium adhibemus. Nam etſi iura in vno tantum caſu loqui videantur: tamen is, qui iuriſdictioni præeſt, poteſt ex talibus deciſionibus doctrinam ſumere, ad ſimilium caſuum deciſionem: quum omnes caſus legibus decidi nequeant. *l. 3. §. 1. verſ. nam ita D. Marcus. ſupr. iniuſt. teſtam. l. iura. 7. & l. non poſſunt. 11. ſupra, legib. l. fin. in princip. C. eod. Leon. in materia vulgaris, numer. 76. cum ſeq.* quæ tanto magis obtinere debent: quum in ſubſtitutionibus largiſſima interpretatio facienda ſit: *gl. & DD. d. l. Gall. §. & quid ſi tantum. Iaſ. hic. num. 24.*

Hanc ergo communem DD. ſententiam, quod alter caſus vulgaris 67
ſubſtitutionis expreſſus, ad alterum omiſſum trahatur, nouem modis ampliat *Gomez. d. c. 3. num. 10.*

Ad eandem porro regulam plurimæ traduntur per DD. reſtrictiones: nos ordinem fallentiarum à Trentacinquio propoſitarum retinebimus: ea, quæ neceſſaria videbuntur, paucis additnri.

PRIMO ergo hęc ſententia: quod caſus impotentiæ ad caſum nolun- 68
tatis trahatur, & econtra: limitatur, vt tantum procedat in ſubſtitutione facta in hæreditate. aliud eſt in ſubſtitutione quę in legato facta fuit. Ita eſt text. in *l. pater. 110. inf. condit. & demonſtr.* Vbi pater Seuerinam filiam Ælio Philippo cognato nubere præcepit: & eidem prædium, ſi Ælio Philippo nupſiſſet, verbis fideicommiſſi reliquit: quod ſi non nupſiſſet, id eſt, ſi nubere noluiſſet, Ælio Philippo prædium dari voluit. Puella nondum viripotens mortua eſt: Reſpondit Iureconſultus, Ælio Philippo prædium non deberi. Fideicommiſſum enim ita datum videri, ſi puella nubere noluiſſet. q Puellam autem impuberem mortuam: ideoque dici non poſſe, quod nubere noluiſſet. Eius enim eſt nolle, qui poteſt & velle.

q Hæc vera lectura. alias eſt voluiſſet.

Quum ergo hic Ælius Philippus puellæ in fideicomiſſo particulari ſeu legato ſubſtitutus ſit, in caſum noluntatis, ſi ipſa ſcilicet nubere nollet: caſus autem impotentiæ euenerit, ad quem in hac facti ſpecie caſus noluntatis non trahitur: Hinc interpretes ex *d. l. pater.* fallentiam ad regulam noſtram ſtatuūt: quod in ſubſtitutione vulgari de legato facta, vnus caſus vulgaris ſubſtitutionis, noluntatis ſcilicet, non trahatur ad caſum impotentiæ. Ita enim hunc textum intellexit *Rainer. in tr. ſubſt. vulg.* per quem intellectum confuſus fuit Philippus de Rhegio à Baldo, vt refert *Caſtr. in d. l. pater Seuerinam. nu. 3. Iaſ. in l. cum proponas. nu. 7. verſ. ſecundo limita. C. hæred. inſtit. Barth. Soc. hic. nu. 13. verſ. hanc tamen concluſionem limita pluribus modis. & Bened. loco relato, in materia vulgaris, num. 41. verſ. ſexto ſecundum aliquos.*

Domi-

Dominus Philippus de Rhegio, excellens iuris Doctor, qui fuerat præceptor omnium fere Doctorum Papiensium, quum multis annis Paduæ iura professus, & deinde Papiam reuersus fuisset, eo vsque arrogantiæ processit, vt in principio sui reditus publice protestaretur, se cuilibet interroganti, de quolibet puncto in materia vltimarum voluntatum esse responsurum. Et quum Baldus ibi illius Doctoris concurrens esset: & illum Thrasonem ita gloriantem audiuisset: vbi habemus (inquit) quod substitutio vulgaris facta in legato, non comprehendat nisi casum, si noluerit, & non casum, si non potuerit? Ille obmutuit. Baldus autem, libro aperto, recitauit illam *l. pater Seuerinam.* Hæc Castrensis loco relato habet, qui illi actui interfuit. Referunt idem, Iason, Socinus, & post eos Benedictus.

Idem accidit Angelo Politiano, qui gloriabatur, se in glossematis iuris vel Accursium superare, & de omni quæstione respondere posse. Interrogatus enim à Socino, quis suus hæres diceretur? obmutuit, vt refert *Alciat. lib. 4. ad fin. de verb. signific. Vigl. §. 1. Instit. hered qual. & diff. Petr. Greg. in syntagm. libr. 42. c. 13. num. 1.*

Talia sunt ingenia, quæ gloria vexat inanis. Longe alia fuit modestia & grauitas *Iurisconsulti in l. apud Iulianum. infr. fideicom. libert.* vbi discendi cupiditatem optimam vitæ regulam appellat & addit: etsi vnum pedem in sepulchro haberem, adhuc quidem addiscere vellem. Alia Baldi quoque sententia fuit in *cons. 44. ad fin. lib. 2.* Quum enim à quodam rabula reprehensus esset, responso se defendit, cui ita subscripsit: *Baldus de Perusio, ignorantiæ inimicus alienæ, inimicissimus suæ, paratus corrigi à quocunque & correctiones patiens libenti & humili animo: quia ignorare non est vitium, sed natura. l. Stichus. infr. de legat. 3.* Hæc ille. Et nota est vox Imperatoris: omnium habere memoriam, & in nullo errare aut falli, non mortalitatis, sed diuinitatis est.

Benedictus loco relato multas bonas historias habet cognitione dignissimas, de præstantibus viris, qui obmutuerunt, quæ nos flectere debent ad modestiam. Modestia cum prudentia, arrogantia cum stultitia perpetuo coniuncta est. Nam superbia ante lapsum. Et qui arrogantiæ freno hactenus torquetur, vt omnium se habere memoriam putet, ille id nescit, quod omnes scire debebant, se scilicet hominem esse, ac proinde errare & labi posse.

Verum hic intellectus ab omnibus damnatur.

Tum (1) quod in hoc textu casus impotentiæ aut noluntatis expressus non sit: Vt proinde is ad nostram quæstionem, vtrum vnus ex hisce casibus ad alterum trahatur, impertinens sit: sed hoc potius ibi quæritur: quum generalis illa formula (*si non nupserit*) duos casus contineat, casum, si noluerit, & casum, si non potuerit: *arg. l. cum proponas. 3. C. hæred. instituen.* Cur in facti specie ibi proposita tantum casum, *si noluerit*, complectatur: & sic generalis sermo ad speciem certam restringatur. Ita rectissime *Leon.* r *in materia vulgaris, num. 98. Chifflet. de substit. c. 11.*

r Ergo etsi in casu *l. pater.* substitutio vulgaris esset, vt Raynerius voluit: tamen textus ad regulam nostram nō pertineret. Quia regula nostra hoc habet, quod vnus casus noluntatis aut impotentię expressus trahatur ad alterum. Hic nullus expressus est.

69 Tum (2) quod communis & receptissima DD. sententia sit: quod substitutio vulgaris, vt in hæreditate, ita quoque in legatis fiat. *l. vnic. ad fin. C. caduc. tollen. l. vt heredibus.* s *50. infr. legat. 3.* Quare sicut in substitutione vulgari de hæreditate facta, regulariter casus impotentiæ ad casum noluntatis trahitur, & econtra, ita idem omnino in legatis dicendum: Et contrariam Raynerii opinionem nullo iuris textu probari, DD. nostri contendunt. Alium ergo illius textus sensum proponunt, hunc videlicet, quod *d. l. pater Seuerinam.* non loquatur in substitutione, sed in translatione legati, facta de persona filiæ in personam Ælii Philippi, in pœnam filiæ, si illi Ælio non nuberet. Quare quum translatio fiat ibi in pœnam: Et vbi contumacia non est, pœna esse non debeat. *l. aliud est fraus. infr. verb. significat.* hinc ergo fieri aiunt, vt conditio, *si non nupserit*, in textu ibi ita exponatur, si quũ posset nubere, noluerit: cui porro consequens sit, vt casus impotentiæ ibi excludatur, noluntatis tantum casus veniat. Ita sensere *Bart. in d. l. pater Seuerinam. ibi Castr. num. 3. & reliqui DD. h. ibi Barth. Soc. num. 13. vers. an substitutio*

s In vulgatis codicibus est lex 51. vt hęredibus substitui potest: ita etiam legatariis.

vulgaris facta. dicens, cum hac opinione communi transire modernos, & *Iaſ. num.23.* qui ait, ita dicere Bartolum & omnes modernos, & hanc eſſe communem ſolutionem. Idem *Iaſ. in d. l. cum proponas. num.7. verſ. ſecundo limita. & verſ. tertio ergo limita. Benedict. loco relato, in materia vulgaris, num.41. verſ. ſexto ſecundum aliquos. num.43.* vbi hunc verum intellectum ad *d. l. pater Seuerinam.* eſſe ait *Trentacinq. d. c.1. num.29. & 31. verſ. & quum hac opinio nulla lege fundetur.* vbi ipſe quoq; hanc communem dicit.

Etſi autem hæc ſententia in ſe veriſſima ſit, quod translatione in pœnam legatarii iuſſum teſtatoris non exequentis, facta, conditio, ſi non fecerit, aut non nupſerit, caſum impotentiæ non comprehendat: Quum pœnam pati non debeat, qui quantum in ſe eſt, contumax non eſt. *Alciat. h. nu.53. latiſſime* t *Crauetta de antiquit. tempor. 4. part. nu.51.* tamen multi contra u Bartolum & eius ſectatores contendunt, intellectum, qui modo relatus eſt, verbis IC. non quadrare. 7.

Tum (1) quod translatio legati ſit, vbi legatum alicui datum aufertur. x At filiæ Seuerinæ pater legatum auferre in ea facti ſpecie non potuit: quum illi nihil fuerit acquiſitum. Conditio enim, ſub qua legatum à patre datum fuit (*Si ſcilicet nuberet*) defecit. Ita poſt *Raph. Cuman.* ſenſit *Iaſ. h. nu.23.* qui ait, non eſſe verum, quod in *d. l. pater Seuerinam.* translatio legati fiat in pœnam. Hinc *Gomez. tomo 1. cap.3. num.10.* diſpoſitionem in *d. l. pater Seuerinam.* nominat ſubſtitutionem vulgarem, factam in pœnam: eandem ſubſtitutionem appellat *Forcat. Dialog.30. num.7.*

t Ibi Crauetta hoc axioma tractat: quod diſpoſitio teſtatoris non trahatur de caſu ad caſum, vbi agitur de pœna.

u Iaſon, Alciatus, Chiffletius.

x Id aufertur, quod alicui acquiſitum eſt. Illi filiæ nil acquiſitum: quia cõditio, ſub qua relictum illi fuit, defecit. Sed nota, vt ſub conditione certa legatum dari, ita & ſub conditione contraria transferri poteſt, quatenus datum eſt. hoc dicere voluit, quanquam obſcurius loquatur *Trentacinq. loco relat. num.29.*

Tum (2) quod ſi in *d. leg. pater Seuerinam.* translatio legati facta eſſet in pœnam filiæ non nubentis: legatum penes filiam & eius hæredes remanſurum fuiſſet. Quando enim culpa ceſſat, vt in caſu illius legis, vbi filia, antequam nubere poſſet, mortua fuit, etiam translationem legati, y quæ in pœnam facta eſt, ceſſare oportet: & quod huius conſequens eſt legatum filiæ erit: quod *Bart.* z diſerte admittit in *d. l. pater Seuerinam. ad fin.* At hæc ſententia falſa eſt: a quia filia conditione defecta erat: Vnde ipſius teſtatoris hæredi potius remanet legatum. *l. legatum. 4. C. condit. inſert. l. in teſtamento. 31. infr. condit. & demonſtr.*

y Translatio legati præſupponit legatum eſſe datum. Vbi ergo trãslatio ceſſat, ibi datio legati virib. ſubſiſtit.

z Bartol. exiſtimat, legatũ penes filiam manere debere.

a Papinianus hoc tantum quærit, num legatum ad Ælium Philippum pertineat: alteram quæſtionem, num filiæ remaneat legatum, vtpote claram & indubiam, ne attingere quidem voluit.

Doctores inter ſe contendunt, vt videmus, Vtrum in *d. l. pater Seuerinam.* ſit translatio legati, an ſubſtitutio vulgaris in legato facta? Qui negant, eſſe ſubſtitutionem, hoc fundamento nituntur: quod in legatis ita fiat ſubſtitutio, vt in hæreditate. At in ſubſtitutione in hæreditate facta vnus caſus vulgaris trahitur ad alium. Ergo idem in legato erit. Quum autem in *d. l. pater Seuerinam.* vnus caſus vulgaris noluntatis non trahatur ad caſum impotentiæ, hinc ſequitur, ibi non ſubſtitutionem, ſed translationem potius eſſe.

Hæc ratio fragilis eſt: quod ſcilicet perpetuum hoc dogma ſit, vt in ſubſtitutione in hæreditate facta, vnus caſus vulgaris trahatur ad alium. Hæc tantum regulariter vera ſunt. Et in ſubſtitutione de hæreditatibus, caſus plures dari poſſunt, vbi vnus caſus non trahitur ad alium. omitto, quod, vt dixi, hic non ſimus in caſu noluntatis expreſſo.

Alia quædam, cur in *d. l. pater Seuerinam.* non ſubſtitutio, ſed translatio potius ſit, adfert *Caſtrenſ.* quæ qualia ſint, non ſatis diſcernere queo.

Qui negant eſſe translationem, mouentur hiſce fundamentis.

I. Tranſ-

I. Translatio præsupponit ademptionem. Iam illi nil potest adimi, cui nil est acquisitum. Sed filiæ in *d. l. pater Seuerinam.* nil fuit acquisitum: quia conditio, sub qua legatum illi fuit, deficit. Ergo non potest dici translatio.

Respondeo ad maiorem. Illi nil potest adimi, id est, proprie, cui nihil acquisitum: sed quemadmodum legatum sub conditione ibi datum fuit, & dari potuit: ita nihil est dubitandum, quin sub contraria conditione, quatenus datum est, transferri potuerit. Dicimus creditorem & debitorem conditionalem, cur non eodem modo legatum conditionale & translationem diceremus. *l. legatum. 24. infra adimen. legat.*

II. Si ibi translatio facta esset in pœnam, cessante pœna, legatum penes filiam maneret.

Sed cessat pœna: & tamen legatum non manet penes filiam.

Ergo ibi translatio non est in pœnam facta.

Hoc argumentum huc non pertinet.

1. Quia non negat, ibi translationem esse: sed huc tendit, translationem in pœnam ibi factam non esse. Ita *Alciat. locis infr. citatis.* qui admittit translationem legati in *d l. pater Seuerinam.* fieri.

2. Argumentum hoc non concludit. Non sequitur: si translatio esset in pœnam facta: Ergo ibi legatum maneret filiæ. Non, inquam, sequitur: quum vt legatum ibi sub conditione datum est, ita etiam translatio sub contraria conditione facta fuerit. Si pure facta esset translatio, tum argumentum concluderet. Datum est legatum si nuberet, id est, si cum posset, vellet: translatum, si non nuberet: id est, si cum posset, nollet. At neutra conditio extitit, quare neque datum proprie, neque translatum proprie dicitur: sed improprie & sub conditione datum & translatum dici potest.

Ergo etsi translatio legati, à substitutione vulgari, in legato facta, multum differat: Nam translatio etiam pure fieri potest: quum substitutio vulgaris non aliter nisi sub conditione expressa aut tacita, si hæres non erit, fieri possit: Deinde translatio suas species habet, quæ nil huc pertinent, vt apparet ex *l. translatio. infr. adimend. legat.* Tamen translationem illam, quando à persona legatarii ad alteram personam, legatum non pure, sed sub conditione fit, à vulgari in legato facta, non facile discerni posse arbitror, quæ causa est, vt aliqui ex DD. ibi translationem, aliqui substitutionem esse dicant. Neque à differentia translationis & substitutionis vulgaris, verum sensum *d. l. pater Seuerinam.* sed aliunde petendum arbitror.

Ita *Alciat. in cons 116. num. 11. lib. 9. & hic. num. 54.* qui non negat in hoc textu legati translationem fieri, sed in pœnam eam fieri, hoc vero pernegat.

71 Omissis ergo disputationibus, id quod certum est, teneatur, conditionem negatiuam, si non nupserit, requirere voluntatem & facultatem: vt sensus sit, si non nupserit, id est, si cum posset nubere, noluerit: quod ex textu nostro clarum est, eandemque vim esse constat conditionis *b* affirmatiuæ, si nupserit. *l. legatum. C. condit. insert. d. leg. in testamento. Alciat. h. num. 54.* Vtraque ergo conditio deficit: & per consequens, legatum neque ad filiam, neque ad Ælium cognatum pertinet. Quæ sententia etiam ratione comprobatur. Legatum enim simpliciter filiæ factum, censetur in casum dotis factum, maxime cum adiecta est conditio, si nupserit. *arg leg. quod autem. c 24. supra, iur. dotium & l. si quis locuples. 57. infr. manumiss. testam.* Ex natura enim rei sumitur coniectura, vt, sicut dos non prius debetur, quam nubat mulier: ita nec translatio prius effectum habeat, quam nubere potuerit. *Alciat. d. cons. 116. num. 12.* Vt proinde vtraque conditio defecerit: & neque ad filiam, neque ad Ælium Philippum legatum pertinuerit: quodq; huius consequens est, male crediderit *Bart.* pœnam in *d. l pater Seuerinam.* adiectam, translationem legati impedire vnius casus ad alterum extensionem.

b Si non nupserit, id est, si possit nubere, sed id facere nolit. Si nupserit, id est, si & nubere velit, & possit etiam, ita vt non impediatur per casum. Si enim impediatur nubere per casum, conditio deficit. Videatur *d. l. in testamento.*

c Textus hoc volunt, quod ex natura rei sumatur coniectura. Si vir dicat, se centum accepisse ab vxore, etsi non addat, ex causa dotis, tamen id sufficit, si hoc agatur. Ita si capitulum dicat, eligimus illum, id sufficit, vt intelligatur electus in episcopum, si hoc agatur, etsi id non fuerit expressum. Idem in nostra materia.

SECVNDO præcitata sententia limitatur. Nam etsi in vulgari substitutione, prouisio in vnum casum facta, casum sibi similem comprehendat d.l. Gallus. §. & quid si tantum. Tamen aliud est, quando casus omissus est omnino dissimilis aut oppositus expresso. Caput enim impotentiæ *d* multos sub se indiuiduos casus habet, quorum vnus expressus ad casum plane dissimilem & contrarium non porrigitur: puta, testator filio instituto, patruum substituit, & si patruus, se viuo, decederet, Caium substituit: patruus, mortuo testatore, decessit, nec adita est hæreditas: an Caius ex vulgari substitutione admittatur, quæritur. Respondent aliqui, quod non. Quia hæc conditio (se viuo) non videtur ad casum prorsus dissimilem (se mortuo) trahenda. Ita tradunt *Bart.* e *Bald. & Castr. in l. si mater. §. 1. infr. eod. tit. Ang. h. in vers. substituere. num. 4.* dicens, se ita Florentiæ consuluisse, & *Alciat. num. 51.* qui Angelum recte respondisse arbitratur. *Idem Ang. in l. si ita quis. & in l. si pater filium. infra, cod. tit. Sfort. in tract. vulg. quæst. 3. versic. limitatur quarto quando expressus esset. allegat in id Angel. l. si ita. 21. l. si pater. 26. infr. eod.* ex quib. textib. hoc axioma DD. statuunt: quod substitutio ad certum tempus restricta, extra illud non porrigatur. f *Leon. in trac. vulgar. num 104 Sfort. q. 3. vers. limitatur tertio, vt non fiat extensio.* 72

Verum respondent DD. ad hoc iuris principium, vt eleganter *g* deducit *Trentacinq. d. cap. 1. num. 32. versic. primo tempus quod exprimitur.* Et de sententia *d. l. si pater.* paulo post circa fallentiam quartam, DEO volente, disputabitur.

d Casus noluntatis & impotétiæ dicuntur esse similes per prædicta. At caput impotétiæ multos casus sub se cótinet, in quibus aliqui inter se dissimiles, vel sibi oppositi sunt.

e Aliqui, inter quos Bened. loco hic relato, Bartolum pro contraria & affirmatiua opinione adducunt. Constat autem, Bart. in *d. l. ma. er. §. 1. ad fin.* negatiuam sententiam tueri. Etsi aliàs verissimum sit, illum regulam defendisse: quod substitutio in vno casu facta, ad alium porrigatur.

f Substitutio restricta ad certum tempus, extra illud non porrigitur. Sed qui substituit hæredi, si se viuo moriatur, restringit substitutionem ad certum tempus. Ergo extra illud tempus extendenda non est.

g Tempus expressum in substitutione, quod de natura substitutionis est, ita vt tacite insit, ad alium casum extra illud tempus extenditur. Quia videtur expressum per eum modum, per quem inest, & sic demonstratiue potius, quam limitatiue. Sed talis est casus noster in substitutione ita facta: *si hæres, viuo testatore, decedat.* Nam tacite insunt hæc verba, etsi non fuerint expressa, & denotant casum impotentiæ. Ergo aliud, si tempus ex natura substitutionis non insit, vt traditur infra fallen. 7.

Contrarium tenet *Alex. h. num. 11. vers. secundo modo. Barth. Socin. num. 13. versic. tertio limita & plures alii, quibus accedit Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 3. interpr. 2. dub. 1 solut. 5. num. 11.* Vbi ait, tunc demum præcedentem opinionem veram esse, si constaret, mentem testatoris ad casum expressum esse restrictam. Et hanc sententiam non modo communem & æquiorem, *Benedict. in verb. si absque liberis moreretur. in materia vulgar. num. 32. ad fin.* sed etiam veriorem esse perhibent idem *Bened. loco relato, num. 29.* vbi hanc late defendit, & *Trentacinq. d. c. 1. num. 33. vers. ex prædictis.* 73

Si de hac quæstione nostra accurate loqui voluerimus, constituendum erit, hæc verba, si hæres non erit, esse generalia.

Hoc genus habet sub se species duas: casum noluntatis & impotentiæ.

Casus noluntatis simplex. Casus impotentiæ sub se habet sua quædam indiuidua, vt dixi supra circa principium huius quæstionis in versic. Et casus quidem deficientis voluntatis, &c.

Iam inter DD. constat, quod vnus casus specialis, id est, noluntatis vel impotentiæ trahatur ad alterum. Sed quid iuris erit, si indiuiduus aliquis casus sit expressus.

Puta, ita: substituo aliquem, si institutus, me viuo, morietur, qui est casus indiuiduus, contentus sub capite impotentiæ. *l. Gallus. in princip. supra liber. & posthum.* & dixi loco relato.

Quæritur, numnam hic casus, me viuo, porrigatur ad casum me mortuo, oppositum?

Et ne hic hallucinemur, obseruandum, casum, me mortuo, esse quidem oppositum casui, me viuo: sed proinde non esse indiuiduum, sed potius generalem, qui caput impotentiæ & noluntatis complectatur. Qui enim, me mortuo, hæres non est, is vel non vult, vel non potest esse hæres.

Respon-

Respondent DD. quod non: eà ratione, quæ hic refertur. Communis & veritas est in contrarium.

Sfortia ita refert hanc fallentiam: Limita (inquit) quarto, quando expressus esset aliquis casus indiuiduus istorum casuum, (id est, noluntatis vel impotentiæ) allegat *Angelum & Alexandrum hic.&c.* quibus in verbis duplex error ab illo admittitur.

Primo enim constat, Alexandum contra Angelum tenere, tantum abest, vt pro negatiua opinione, vna allegari potuerint.

Secundo, Angeli sententia hæc non est, quod nullus casuum indiuiduorum ad alterum trahatur: sed quod vnus casus indiuiduus expressus, non trahatur ad casum plane oppositum & dissimilem.

Quare qui recte de doctrinis interpretum iudicare vult, illum fontes inspicere oportet.

Tum (1) quod vna substitutio, puta, vulgaris trahatur ad aliam plane disparatam speciem pupillaris, cuius casus contrarius est casui vulgaris substitutionis, & vnus casus vulgaris, noluntatis scilicet, ad alium casum impotentiæ producitur: Vt proinde nulla satis idonea ratio adferri possit, cur de casibus indiuiduis expressis, aliud sit statuendum. *Bened. ibid. nu. 29.*

Tum (2) quod idem sit in casu omisso, quod in expresso, quando verosimiliter testator de illo prouidisset, si de eo cogitasset. Sed in nostro casu verisimile est, testatorem idem fuisse dispositurum, si de casu, qui accidit, cogitasset: quum alias eius voluntas subuerteretur. At præsumitur testatorem potius testatum quam intestatum decedere velle. *Trentacinq. d. c. 1. num. 32. vers. secundo & vltimo.*

Tum (3) quod contra doctrinam Angeli expressus textus sit: in *l. fin.* h *C. institut. & substitut. & in l. si mater. 33. §. fin. infr. eod. tit. Ita Alex. h. num. 11. vers. secundo modo.*

Sicut enim in *d. l. fin.* substitutio facta in casum, si posthumus non nascatur, ad casum plane dissimilem & contrarium trahitur, si nascatur & impubes decedat: Ita in *d. l. si mater. §. fin.* testator filium & ex eo nepotem posthumum, secundum consilium Galli ita instituit, si filius, me viuo, *i* morietur, &c. & tamen textus ibi in verbis (*filio hærede* k *existente*) per argumentum à contrario sensu probat, si casus contrarius eueniat, puta: quia filius patri superstes, & post mortem patris hæres non est, nepote non nato, aut ante filii repudiationem mortuo, substitutum admitti, & ita conditionem, me viuo, ad casum contrarium, me mortuo trahi. *Ita Alex loco relato.* l

h De hoc textu dixi ad regulã: quod pupillaris expressa tacitam vulgarem contineat, *fallent. 5.*

i Casus, *si filius, me viuo, morietur & per hunc casum impotentia hæres non sit,* trahitur ad casum, *si me mortuo, hæres non sit.*

k Verba namque Affricani illa, (*filio hærede existente*) in *d. l. si mater. §. 1.* cum effectu accipienda sunt, vt ita demum non nato posthumo, substitutus repellatur, si filius immiscuerit se. tunc enim substitutus vulgaris excluditur. Ita *Cuiac. in tract. 2. ad Affricanum. d. l. si mater. §. 1.*

l Etsi Bartolus quoque noster eum, qui filio substitutus fuit, hoc casu, id est, quando nepos ante filii repudiationem mortuus, aut plane non natus fuit, ex substitutione admittat: tamen in decidendi ratione ab Alexandro & communi opinione discrepat. Hanc enim sententiæ suæ rationem adfert: quod ibi conditio (*Si me viuo, morietur*) adiecta fuerit instituto filio: quæ proinde in secunda substitutione repetita non intelligatur: quum conditio instituto data, non videatur data substituto. *l. sub conditione. 74. supr. tit. praced.* Alexandri tamen inductio mihi magis placet. Nam hic sumus in substituto substituti, vbi regula locum habet, quod substitutus substituti primo quoque substitutus intelligatur. Quare ad hoc, vt substitutus substituti admittatur, primæ quoque substitutionis casum extitisse oportuit. Non potest autem hic dici extitisse, nisi casus (*me viuo,*) ad casum (*me mortuo,*) trahatur. Adde *Trentacinqu. d. c. 1. num. 33. vers. secundo mouentur.* Bartol. non admittit exclusionem.

74 Tertio, hæc sententia fallit, quando per eiusmodi interpretationem extensiuam excluderetur persona testatori magis dilecta. Nam vbi adest persona magis dilecta, in casu expresso quidem, vt par est, testatoris iudicio atque voluntati stamus: Extensionem autem ad casum omissum, contra eius mentem verisimilem non facimus. Ita tradit *Bart. d. l. si mater. §. 1. num. 2 & 3. ibi DD. Alex. h. num. 11. versic. quinto limita. ibi Barth. Socin. num. 13. vers. quarto limita. Alciat. nu. 55. Bened. loco relato. in materia vulgaris,*

num.28.fallent.1. & num.38.fallent.5. Sfort.in materia vulgaris, quæst.3. verſ. limitatur ſecundo.ibi Leon.num.106. Trentacinq.d.c.1.num.34. verſ.tertia ſuperior. Sim. de Præt.lib.3. de interpret. vlt. vol. interpr.2.dub.1.ſolut 5.nu.16.Graſſ.§.ſubſtitutio.quæſt.7.num.10.argum.l.iam hoc iure.hoc tit.ibi, Ita enim in altero.& l.cum acutiſſimi. m *C. fideicom.* Et huius quidem fallentiæ vnum exemplum ponit *Bart.in d.l.ſi mater.§ 1.ibi DD.* n aliud ex Ancharano adducit o *Alex.hic.num.11. verſic. quinto limita. & Benedict. loco relato, num.38.* Tertium haberi poteſt ex *l.fin. C. inſtitut. & ſubſtitut.* Etſi enim de ſubſtitutione facta de caſu, ſi poſthumus non naſcatur, ad caſum, ſi naſcatur, & impubes decedat, extenſio fiat: tamen aliud traditur in illa facti ſpecie, vbi mater pupilli in medio eſt, quæ ideo ibi prædilecta intelligitur, quod & pro parte hæres inſtituta *p* fuit.

m Deſcendentes teſtatoris grauati poſt mortem ſuam reſtituere hęreditatem, intelligũtur grauati, ſi deceſſerint ſine liberis. Vnde elicitur dogma generale: q̃ diſpoſitio teſtatoris ſemper ita intelligenda ſit, ne excludantur magis dilecti.

n De quo tamen vide *Alciat. h.num 60. & in lib.3. paradox.cap.9.*

o Hoc exemplum diſputabile & dubium.

p Diſerte dico, matrem prædilectam dici in illa facti ſpecie, vbi hæres vna inſtituta fuit. Quid autem alias iuris ſit, ſuo loco videbitur, Deo volente.

Hæc fallentia bona per ſe eſt, quod ſubſtitutionis vulgaris caſus vnus ad alterum non trahatur, vbi per eiuſmodi interpretationem extenſiuam perſona magis dilecta excluderetur. Nititur hæc fallentia optimo fundamento: quod videlicet extenſio noſtra locum non habeat: quando mens teſtatoris refragatur. Sed de exemplis DD. quæ illi adferunt, res expedita non eſt. De caſu *d.l.fin.* conſtat. Sed Ancharani reſponſum omni dubitatione ſuperius non eſt. Vt ergo fallentiæ huic locus ſit, certo conſtare debet, perſonam, quæ per extenſionem excluderetur, fuiſſe teſtatori magis dilectam, ac proinde mentem teſtatoris interpretationi refragari. Nam vbi de hoc non conſtat, regulæ ſtamus: quod vnus caſus ad alterum trahatur.

QVARTO, hæc ſententia fallit in caſu *d.l.ſi pater.26. infr. eod.* quando 75
caſus adiicitur non inſtituto, ſed ſubſtituto: & quod huius conſequens eſt, inducitur diuerſitas perſonæ ſubſtitutæ: puta, pater inſtituto filio ſuo impubere, ſubſtituit poſthumũ vulgariter & pupillariter, ita: ſi filius meus hæres non erit, vel ſi hæres erit & impubes moriatur, ſubſtituo poſthumum, ſi quis poſt mortem filii mihi natus fuerit. In hac facti ſpecie, ſi poſthumus naſcatur, viuo fratre, qui fuerat inſtitutus, teſtamentũ *q* rumpitur: quum poſtea natus ſe inueniat præteritum. Et ſic caſus expreſſus non trahitur ad omiſſum. Rationem hanc adferunt, quod diuerſitas perſonæ inducatur. *r* Si enim ſubſtitutus eſt ille, qui naſcitur poſt mortem, non poteſt intelligi ille ſubſtitutus, qui naſcitur in vita. *d. l.commodiſſime.10.ſupr. liber.& poſth. Ita Bart.in d.l. Gallus.in princ.num.9. DD.in d.l.ſi pater.ibi Imol.nu.1. Alex.num.2. Iaſ.num.2. Alex.h.& num.11. verſ. quarto limita.ibi Barth. Soc. nu.13. verſ. vltimo limita. Alciat. num.50. Sim. de Præt. de interpret. vlt. volunt.lib.3. interpret.2. dub.1.ſolut.5. num.11. Trentacinq. d.cap.1.numer.35. verſic. quarto declaratur.*

q Et per conſequẽs, caſus expreſſus (Si poſthu.naſcatur, mortuo filio) non trahitur ad caſum omiſſum (Si poſthum.viuo filio naſcatur).

r Subſtitutus fuit is, qui naſceretur, mortuo filio, alius ergo, qui naſcitur, viuo filio, ſecundũ DD. Vera ratio eſt, extenſionẽ hic non fieri, quia fruſtra fieret. Teſtamentũ enim nihilominus rumperetur.

Porro quum huic declarationi fortiter obſtet *l.fin. C. poſthum. hæred.inſtituen.* vbi inſtitutus, qui naſcitur poſt mortem, alia perſona non intelligitur, etſi in vita teſtatoris naſcatur, neque præteritus habetur: hinc varias reſponſiones noſtri tradiderunt, de quibus vltra alios videndi *Iaſ. h.num.2. Zaſ.num.4.*

Verius autem eſt, Iuſtinianum noſtrum formulam *d. l. commodiſſime.* pertinentem ad inſtitutionem poſthumi, ſuppleuiſſe in *d. l. fin.* vt ſcilicet prouiſio teſtatoris, in vnum caſum facta, fauore conſeruationis teſtamentorum ad alterum porrigatur, qui expreſſus non fuit. In quam ſenten-

tiam

tiam plura adducta sunt, ad tit. de testamentis, in materia institutionis hæredum, requisito quinto, versic. Infer tertio ad materiam *l. fin. C. posthum. hæred. instituen.* At in nostro casu suppletio nulla *s* facta est: quia frustra fieret. Etsi enim pater filio impuberi instituto expresse sic substituisset: si quis sibi post mortem filii instituti, aut viuo eo, posthumus natus fuisset, nihilominus testamentum rumperetur, posthumo, viuo fratre, nato: quũ natus se à primo gradu præteritum inueniat.

Hoc ergo testamentum neq; ex primo, *t* neque ex secundo gradu valere potest. Non ex primo: quia liberi instituendi, aut exhæredandi sunt. *l. inter cætera. 30 supr. liber. & posthum.* At hic posthumus est præteritus à primo gradu, qui proinde redditur *u* nullus. *l. filius. 75. supr. tit. 1. l. ex facto. 43. §. Lucius. ibi DD. communiter. & Bald. circa fin. Imol. num. 34. infr. h. tit. n.* Sed neq; ex secundo gradu valet: quod enim dicitur: filium substitutum non in totum infirmare testamentum, sed tantum primum gradum, in quo præteritus est, vt proinde rupta institutione, à substitutione *x* vulgari testamentum incipere, & filius substitutus ex testamento hæres esse possit. *d. l. si filiusfamilias. d. §. Lucius. ibi Bald. Castr. Imol. Alex. Ias. Zas. & reliqui.* Id tum demum verum est, quando secundus gradus vllo modo iure valere potest, vt, quia in primo gradu extranei hæredes scripti sunt, filius autem substitutus fuerit. Nam tunc verum est, primum gradum vitiari, ac si nunquam factus fuisset: & testamentum à secundo gradu incipere, quo modo præcitatus textus loquitur. At in nostro casu, à secundo gradu ideo testamentum incipere non potest: quod ab illo filius, in primo gradu institutus, præteritus sit: Vt proinde & is nullus sit. Neque obstat, quod ad testamenti validitatem sufficiat, filium in primo gradu institutum esse, etsi à secundo præteritus fuerit. *l. si posthumus. 14. §. quod vulgo. ibi DD. supr. lib. & posthu.* Id enim tum verum est, si ex primo gradu testamentum valeat.

s Interpretatio extensiua de casu ad casum.

t Castrens. in *l. si filius, qui in potestate. supr. liber. & posthum.* putat, si vnus filiorum, qui in potestate sunt, hæres institutus, alter illi vulgariter substitutus fuerit, propter repugnãtiam admitti concursum instituti cum substituto, ne, si institutum insolidum admittamus, substitutus præteritus dicat testamentum nullũ: & econtra, si admittamus substitutum, institutus præteritus à secundo gradu dicat substitutionẽ nullam. Hanc Castrens. sententiam falsam esse, pronunciat *Barthol. Socin. ad l. 1. hic. num. 31.* vbi multis fundamentis, per tres columnas contra hanc sentẽtiam disputat, & Castrẽsis rationes cõuellit. Hæc enim sententia Pauli de Castro communiter damnatur, *Alex. ind. h. num. 29. Sfort. de materia vulgar. substitut. qu. 5. circa primum effectum. vers. limitatur sexto. ibi, quartus casus. Trentacinq. ibid. cap. 9. num. 5. vsque 10.* ex horum dictis veritas eorum, quæ hic annotata sunt, tibi constabit.

u Vide insignem casum, quem hinc decidit *Alciat. ad rubr. tit n. h. num. 11.*

x Aliud in pupillari. Impugnans primum gradum, à quo est præteritus, potest succedere ex substitutione vulgari. Quia substitutio vulgaris nullam habet dependentiam à primo gradu. *l. 3. 6. fin. supr. liber. & posthum.* Secus in substitutione pupillari, quæ habet dependentiam à testamento paterno. *l. 2. §. adeo. l. sed si plures. 3. filio. & §. si ex asse. infr. h. eod. tit.* Inde constat intellectus *d. l. si filiusfamilias. supr. tit. 1. & d. §. Lucius.*

Quum ergo posthumo in vita filii instituti nato, testamentum neque ex primo, neque ex secundo gradu valiturum esset, etsi testator disertis & expressis verbis posthumum filio in vtrumque casum, siue viuo, siue mortuo filio nasceretur, substituisset: mirum nulli videri debet, quod in *d. l. si pater.* vnus casus ad alterum non trahatur. Frustra enim à lege illa suppletio fieret. *y*

y Natura & ius nil frustra faciunt.

Testamentum à secundo gradu incipere potest, si à primo filius sit præteritus, dummodo in secundo sit substitutus, vt *d. l. si filiusfamilias. d. §. Lucius.* aut exhæredatus. *l. 3. § fin. supr. liber. & posthumis.* Est tamen differentia hic inter filium & posthumum. Nam si filius à primo gradu præteritus, à secundo exhæredatus sit, filius sequentem quidem gradum, à quo exhæredatus est, patitur valere. At posthumus à primo gradu præteritus, à secundo exhæredatus, nullum gradum patitur valere, sed totum rumpit testamentum. text. expressus in *l. nam etsi. 5. supr. iniust. testam. gloss. d. l. si filiusfamilias. verb. exhæredatus. ad fin.* Sed nunquid eadem differentia statuenda sit inter posthumum & iam natum, si posthumus à primo gradu præteritus, in secundo substitutus sit, vt scilicet filius secundum gradum valere patiatur, & à secundo gradu testamentum incipiat: ac proinde filius substitutus ex testamento hæres sit: posthumus autem à primo gradu præteritus, in

secundo substitutus, totum testamentum rumpat? Dicendum est, quod hoc in casu non sit differentia inter posthumum & iam natum, vt eleganter explicat *Alex. d. §. Lucius. num. 4.* vbi de sententia *d. l. nam etsi.* differit.

QVINTO hæc sententia fallit in casu *l. qui ex duab. 53.* z *in princip. infr.* 76
acquir. vel omitt. hær. quando quis ex duabus partibus hæres institutus fuit, ex alia pure, ex alia sub conditione, & in illa parte, in qua sub conditione institutus fuit, sub conditione contraria substitutum accepit. Nam si institutus, pendente conditione, moriatur, & illa postea existat, substitutus excluditur: & proinde casus substitutionis expressus ad casum contrarium pendentis scilicet adhuc conditionis & postea existentis nō trahitur: puta, testator instituit Caium in dimidia hęreditatis suę pure, in alia dimidia sub conditione, si Cæsar Romam venerit: & si non venerit Romam, substituit ipsi Caio in hac dimidia Titium. Decessit testator, deinde Caius adiuit pro dimidia hæreditatem, & decessit: postea conditio extitit: quia Cæsar venit Romam: quæritur, quid iuris? Et prima fronte dicendum videbatur: quum conditionalis institutio per mortem instituti hæredis regulariter euanescat: casum illum negatiuum, sub quo substitutio facta est (si videlicet Cæsar Romam non venerit) parificari casui pendentis conditionis oppositæ affirmatiuæ: & proinde vnum casum ad alterum porrigi: atque substitutum admitti.

z Castrens. ibi ad fin. dixit, materiam illius textus esse subtilem, difficilē, & de apicibus iuris. Textus est clarus, quem DD. obscurarunt suppletione sua, quam ex §. *fin.* textus præcedentis adferunt. Si quis institueretur in vna parte hæreditatis pure, in alia sub conditione, statim ex asse hæres erit, nisi in parte conditionali habeat substitutum. Quum ergo textus innuat, partem conditionalē ad hæredem hæredis non pertinere, nisi conditione existente: hinc ergo DD. textum supplent ex §. præcedente, quod loquatur isto casu, quando in parte conditionali substitutus datus fuit.

Contrarium ex sententia DD. deciditur in textu: quod post existentem conditionem, ad aliam quoq; dimidiam hæres Caii admittatur. Excluditur ergo substitutus. & proinde in hac specie conditio substitutionis expressa, si Cæsar Romam non venerit, ad casum conditionis, moriente hærede, pendentis, aut post eius mortem existentis, non trahitur.

Et ita DD. casum huius textus ex §. *fin. legis præcedentis* supplent & exponunt. Cui expositioni secundum illos non obstat, quod textus noster de substitutione facta nihil meminerit. Respondent enim ita textum ex §. *fin. præcedentis textus* supplendum: quum si neque cohæres, neq; substitutus hæredi datus fuisset, ipse statim, non expectato conditionis euentu hæres in solidum effectus fuisset. *l. si quis ita.* a *33. ibi Bart. & DD supr. tit. praeced. l. cum hæres. 52. §. fin de acquir. hæred. Gomez. tomo 1. c. 2. num. 12.* At quum textus noster satis indicare videatur, pendente conditione, in altera parte institutum non effici hæredem, dicendum, aut cohæredem illi, aut substitutum datum fuisse. Porro si cohæredem habuisset, institutus moriens nihil ad suum hæredem transmisisset: sed illa portio cohæredi potius accreuisset, per textum expressum, *l. liber homo. 59. §.* b *pen. supr. tit. 1.* Quare relinquitur, vt instituto in parte conditionali, substitutus datus fuerit, qui instituto impedimēto fuit, quo minus post mortem testatoris statim in solidum hæres efficeretur. Et ita hunc textum nostrum cum §. *fin.* legis præcedentis summant & legunt *Rogerius & Azo* relati per *gloss. & Bart. ibi Alberic. de Rozat.*

a Dixi in materia institutionis hæredum, ad regulam: quod institutio cōditionalis ante euentū cōditionis effectū suspendat. fallen. 2.

b Si ita scriptum fuerit, *Titius ex parte tertia,* (id est, ex triente,) *Mæuius ex parte tertia hæredes sunto: Titius, si intra tertias Kalendas nauis ex Asia venerit, ex reliqua parte hæres esto:* Videamus, ne Titius statim ex semisse hæres sit. (Quia etsi defecerit cōditio, duæ vnciæ illi, duæ reliquæ cohæredi adcrescēt.) Nam duo hæredes instituti sunt. (i. e. quibus vnus triens in defectum conditionis accrescit. Respondet nunc IC. per distinctionem.) Sed Titius aut ex semisse, (id est, deficiente cōditione) aut ex besse, id est, existente conditione, hæres erit.) Ita sextans vtiq; erit in pendenti, (id est, quum omnino certum sit, Titium, etiam deficiente conditione, habiturum semissem, ideoq; tantum duæ vnciæ in pendenti erunt.) Et si conditio extiterit, ex besse (id est, ex octo vnciis) hæres erit: si non extiterit, ille sextans Mæuio adcrescet. (Vt nimirum triens duobus hæredibus pariter adcrescat.) Sed si decesserit Titius ante, quam conditio existat, deinde conditio extiterit: Tamen ille sextans non Titii hæredi, sed Mæuio adcrescet. Nam cum adhuc dubium esset, Titio, an Mæuio is sextans datus esset, Titius decessit: nec potest intelligi datus ei, qui tempore dandi in rerum natura non fuit.

Rozat. qui hanc lecturam veram esse dixit. *Bald. Paul. de Castr. & Imol.* c *Alex. h. num. 11. vers. tertio limita. ibi Barth. Socin. nu. 13. vers. quinto limita.* qui veram & communem dicit, eandem veram perhibet *Alciat. n. 58. 59. Bened. d. verb. si absq; liberis moreretur. in materia vulgaris, num. 36. vers. tertio fallit. Sfort. in materia vulgaris, q. 3. vers. limitatur sexto, quando substitutio. ibi Trentacinq. d. cap. 1. num. 36. versic. quinto.* qui hanc communem & receptam scribentium sententiam esse dicit, & multis probat.

Secundo nihil obstat huic doctrinæ, quod institutio conditionalis per mortem instituti euanuerit, & per se consequens, defunctus nil ad hæredem suum transmittere potuerit: *l. vnic. §. sin autem aliquid sub conditione C. caduc. tollend. d. l. liber homo. § pen.* Quare si substitutus datus esset, mortuo instituto, illi statim locus fuisset: quum substitutus vulgaris præferatur ei,
77 qui per ius accrescendi venit. Nam respondent DD. vnum casum vulgaris substitutionis, & proinde casum quoq; deficientis conditionis expressum, trahi ad casum pendentis conditionis, adeoq; substitutum, mortuo instituto, pendente adhuc conditione, tum demum vocari, si non refragetur testatoris voluntas: minime autem illum admitti, quando constat, testatorem tantummodo in defectum conditionis substituere voluisse. Hæredem autem instituti hic venire aiunt ex casu plane singulari & speciali, in quo spes conditionalis institutionis ideo transmittatur ad hæredem, & non deficiat per mortem instituti, quod hoc ius sit coniectum cum iure accrescendi, quod transmittitur. *l. qui patri. 59. infr. acquiren. hæred.* Si enim substitutus datus non fuisset, portio conditionalis statim instituto accreuisset: sed quia fuit datus, non accreuit statim, sed expectatur conditionis euentus: & si existat, datio substituti habetur pro non facta, & eo tempore incipit habere vigorem ius accrescendi & purificari institutio. Ita *Castr. d. l. qui ex duabus. ibi DD. Alex. & alii.*

Verum non desunt præstantes Iureconsulti, qui subauditionem d præcitatam ad *d. l. qui ex duabus.* tanquam diuinatoriam plane repudient, quorum numero est Hugolinus relatus in *gl. 1. ibidem ad fin.* cuius sententia hęc fuit: institutum ex parte pure, ex parte sub conditione, statim ex asse hæ-
77 redem esse. *d. l. si quis ita. d. l. cum hæres. §. fin.* Quod autem textus noster addit, *existente conditione*, eam quoq; partem, in qua institutio sub conditione facta est, ad instituti hæredem pertinere: id ipse ita intelligit: quod tunc maxime ad eum pertineat, etsi ante quoque conditionis euentum idem iuris sit. Et hanc probauit *Dyn.* & bonam lecturam *Bart.* atque veram sententiam textus *Angelus* esse dixit. Addit *Bart.* sine omni subaudatione, textum nostrum ita accipi posse, vt etiam ante euentum conditionis in e eo locum habeat ius accrescendi, sed partem sub conditione relictam, existente conditione, hæredem instituti habiturum iure institutionis. f Nam etsi institutio conditionalis ad hæredem non transeat: speciale tamen hoc ius esse in institutione partis, quando institutus non habet cohære-

c *Trentacinq* etiam adducit *Angel.* pro hac sententia, qui tamen eam non tenet, sed aliam. Ille sua transscripsit ex Alexandro, non inspectis DD.

d Quod videlicet in textu nostro, instituto in parte cōditionalis substitutus datus sit: Leon. noster super hoc textu (inquit) duo tantum verba dicere intendo, propter multa inuolucra, quæ dicuntur per glossam ibi, & Politum hic, qui tandem dicit, textum illum esse mendosum: & denique nihil firmat circa illius intelligētiam. Mihi vero videtur, textum illum absque aliqua difficultate procedere: nisi quatenus nos consulto illam indagare, ac in medium afferre velimus. Non enim video, qua ratione sint faciendæ illæ subauditiones, quas intendunt facere Doctores, videlicet, quod ibi fuerit datus alius cohæres, aut substitutus: quum de his ne verbum quidem in illo textu, &c. Dico enim, quod litera, prout iacet, plane potest procedere: & sensus clarus resultat, &c.

e Ociosa conditio hæc est. Nam si existat, bene est, si non existat, hæres totum habet iure accrescendi, ne testator decedat testatus & intestatus.

f Id est, non iure accrescendi. Non est dubium in textu nostro, quin institutus in omnem euentum totam hæreditatem sit habiturus: dimidiam iure institutionis, dimidiam iure accrescendi. Sed textus hic noster hoc peculiariter decidit, quod existente conditione, hæres instituti partem conditionalem habiturus sit iure institutionis. Et rationem dubitandi ad hanc decisionem habet Leon. loco relato,

cohæredem, vel ſubſtitutum, vt inſtitutio tranſeat in hæredem, ſicut ius accreſcendi. Et hoc modo, ſine omni videlicet ſuppletione & ſubauditione textum noſtrum etiam intelligit *Leon. in tract. vulgar. ſubſtit. num. 110.*

De quæſtione inſigni nuper propoſita: numnam vnus caſus vulgaris ad alterum trahatur, pauca reſtant, quæ hac & proxima lectione, Deo volente, expedientur.

Subſtiti nuper circa fallentiam ſextam, quæ expoſitionem continet *l. ſi ſolus. 80. infr. acquir. hæred.* quem textum multis elogiis noſtri exornant.

Caſus duobus modis figurari poteſt: I. quod ſubſtitutio vulgaris vel generalibus verbis, *(Si hæres non erit,)* vel illis ſpecialibus *(Si hæres eſſe non poßit,)* facta ſit.

Si generalibus verbis factam præſupponamus: textus non ad quæſtionem noſtram, ſed ad illud thema pertinebit: quod verba generalia *(Si hæres non erit,)* non ſemper vtrumque caſum noluntatis & impotentiæ comprehendant, vt etiam caſum habuimus ſupra fallentia 1. circa textum *l. pater Seuerinam. infr. condit. & demonſtr.*

II. Ita intelligi textus poteſt, quod ſubſtitutio vulgaris concepta ſit in ſpecie in caſum impotentiæ, puta, hoc modo: Ego te inſtitui hæredem in dimidia hæreditatis meæ ſimpliciter, in altera dimidia dedi tibi ſubſtitutum, vt, ſi tu hæres eſſe non poſſis, Caius hæres ſit. Me teſtatore mortuo, tu hæres dimidiam illam hæreditatis meæ, in qua ſimpliciter inſtitutus es, amplecteris: alteram dimidiam, in qua ſubſtitutum dedi, habere non vis, ſed cupis illam relinquere ſubſtituto. Hic eſt caſus noluntatis. Ego teſtator expreſſi caſum impotentiæ. Quæritur, numnam ſubſtituto locus ſit: id eſt, quæritur, an caſus impotentiæ à me expreſſus, trahatur ad caſum noluntatis omiſſum? Videtur dicendum, quod ſic. Nam caſus vnus vulgaris ſubſtitutionis trahitur ad alterum, ex communi vera DD. ſententia.

Contrarium deciditur ea ratione, quod ius directæ & vniuerſalis *ſucceßionis* neq; à teſtatore, neque ab hærede diuidi poſſit. Ergo quemadmodum teſtator *in caſu d. l. ſi ſolus.* exprimendo verba generalia *(Si hæres non erit)* efficere nequit, vt hæres vnam partem hæreditatis amplecti, alteram ſubſtituto relinquere poſſit: ita ne hæredi quidem vnam partem accipere, alteram ſubſtituto relinquere conceditur, obſtante videlicet regula iuris: Quod is, qui totam hæreditatem acquirere poteſt, pro parte eam ſcindendo non poteſt. Non obſtat ratio dubitandi, quæ regulariter tantum procedit: Ergo viciata perdit officium. Viciatur autem hæc regula toties, quoties vnum caſum ad alterum porrigendo aliquid aduerſus iuris regulas induceretur, vt hic *per l. 1. & 2. infr. acquir. hæred.* Quod is, qui totam acquirere poteſt, ſcindere non poſſit.

Sexto limitatur per *l. ſi ſolus. 80. infr.* g *acquir. hæred.* Nam etſi vulgaris ſubſtitutio caſum *h* noluntatis & impotentiæ comprehendat, & alter horum *i* caſuum ad alterum regulariter trahatur: quodque huius conſequens eſt, per dationem ſubſtituti vulgaris, potentia repudiandi data videatur: tamen id ſolummodo verum eſt, quando ſubſtitutio fit in toto. *l. 1. §. ſi proponatur. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Aliud eſt quando ſubſtitutio fit in parte. Nam tunc vulgaris tantum comprehendit caſum impotentiæ, non caſum noluntatis: neque impotentiæ caſus ad alterum trahitur, puta, inſtitui te ſolum hæredem ex pluribus partibus, & in quibuſdam partibus dedi tibi ſubſtitutum vulgarem, vel per verba generalia *(Si hæres non eris)* vel per verba ſpecialia *(Si hæres eſſe non poſſis.)* Si per verba generalia ſubſtitutio facta ſit, tantum impotentiæ caſus continetur: At ſi impotentiæ caſus fuerit expreſſus, is ad caſum noluntatis non porrigitur. Neque in arbitrio tuo eſt, partes illas, in quibus ſubſtitutũ habes, omittere, alias amplecti. *d. l. ſi ſolus.* Eſtq; decidẽdi ratio, quod ſucceſſio ſit repræſentatio perſonæ & iuris defuncti. *l. hæres quoq;. 54. infr. acquir. hær. l. hæres. 22. infr. vſucap. text. in princ. in Auth. de iureiur. à mort. præſt.* Quare vt vna & indiuidua teſtatoris perſona, vnum pagani cuiuſque patrimonium, non duo patrimonia ſunt: *l. iuriſperitos. 33. §. cum oriundus. ſupr. excuſat. tut. l. ex facto. 35. ſupr. tit. præced. l. ſi certarum. 18. in princip. verſi. Iulianus. milit. teſtament. Tiraquell. de iure primigen.* 78

g Adde quæ dico infra effectu 5. fallent. 5.

h Ratio dubitandi pertinens ad illum caſum, quando verba generalia ſubſtitutionis *(Si hæres nõ erit)* expreſſa ſunt.

i Ratio dubitandi pertinẽs ad caſum, quando verba ſpecialia *(Si hæres eſſe non poſſis,)* expreſſa.

migen. quæst.35. num.29. Vasqu. de success. resolut. lib.1.§.9. num.13. cum seq. Iacob. Toming. q.27. num.25.26. Hartm. Pist. lib.1. quæst.31. num.16. Ita fieri nullo modo potest, vt repræsentatione, & successione, aut persona testatoris in duas personas, eiusve hæreditas in duo patrimonia, & duas hæreditates distrahatur. Est enim hæreditas successio in vniuersum ius defuncti. *l. nihil. 24. infr. verb. signif. d. leg. hæres. 22. infr. vsucap. l. hæreditas. 63. infr. reg. iur.* & hæres iuris successor vniuersi. *l. quadā. 9. §. nihil supr. edendo. l. quoties. 9. § hæredes. supr. tit. 1.* Hinc dicimus, ius vniuersalis & directæ successionis non posse diuidi neque à testatore, neq; ab hærede. *Bald. in leg. 1.* k *& 2. num. 1. infr. acquir. hæred.* Quare qui totam hæreditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo, adire non potest, siue ex asse quis, *l. 1. & l. si ex asse. 10. infr. acquir. hæred.* siue ex pluribus partibus in eiusdem hæreditate institutus sit, *l. 2. eod. tit. l. quidam elogio. 20. C. iure deliberan.* siue cum pupillo institutus, eidemque pupillariter substitutus sit, *d. l quidam.* siue denique ex pluribus partibus institutus, in quibusdam substitutum habeat. *d. l. si solus.* l Cuius casum multum magistralem, *Bart. ibi* singularem, *Castr. ibi, nu. 2.* valde notabilem, singularem, & forte alibi non esse, *Imol. num. 1.* solennem & mirabilem dixit *Ias. d. l. 1. num. 8. & Benedict. loco relato, in materia vulgaris, num. 47.* At si in casu *d. l. si solus.* vulgaris etiam casum noluntatis comprehenderet, aut impotentiæ casus ad casum noluntatis traheretur, iam hæres scindendo hæreditatem pro parte acceptare, pro parte omittere posset, quod iura non admittunt.

k DD. fere omnes illos textus vna legunt.

l Hæc lex est singularis, ampliatio ad l. 1. & 2. eod. tit.

Et hinc generalem doctrinam interpretes statuunt, vt alter casus vulgaris ad alterum omissum non trahatur: quum aliquid aduersus iuris regulas induceretur. Ita post *Aretin.* docet *Barth. Socin. h. in d. l. 1. num. 13. versic. sexto limita. ibi Alciat. nu. 57.* dicens, hanc sententiam nullam dubitationem habere. Et ita hanc doctrinam resoluunt *Bart. Bald. Alberic. de Ros. Imol. Castr. Alex. Ias. & reliqui in d. l. 1. & 2. Bart. Bald.* m *Imol. Castr. in d. l. si solus. Bart.* magistraliter in *l. fin. eod. tit.* ibi plerosq; casus congessit, in quibus hæres adeundo hæreditatem scindere potest. *Trentacinq. d. c. 1. num. 37.*

m Hic præ cæteris perspicue ad propositum nostrum hanc legem resoluit.

Porro materiam *d. l. si solus.* amplia, vt etiam procedat in filio. Is enim non audiretur, si legitimam titulo institutionis capere, & residuum substituto relinquere vellet, eadem decidendi ratione, quæ ex *d. l. 1. & 2. cum concord.* allata fuit. Quam sententiam declara per ea, quæ infra quæst. 4. effectu primo, §. Sexto, quum verborum vulgaris substitutionis. vers. Limita quarto, &c. proposita sunt.

Quemadmodum vna, non duæ defuncti personæ, vna, non duæ eius hæreditates sunt: ita nè hæres quidem successor personam defuncti in duos homines aut eius hæreditatem in duas scindit. Quare qui totam acquirere potest, pro parte eam scindendo, adire nequit. Habui nuper casum inter Nobiles quosdā Voitlandiæ, huc pertinentem. Porro hanc materiam plenius attigi, in tractatu testamentorum, circa definitionem testamenti, ad verba, De eo: vers. Ex quibus omnibus manifestissimum euadit, &c. vbi in sequentibus præcipuos casus obiter attigi, in quibus ius vnam personam in duos homines, & patrimonium vnius personæ in duo plurave scindit.

79 SEPTIMO limitatur, vt non fiat prædicta extensio, quo ad tempora, id est, vt vulgaris non extendatur de vno tempore ad aliud, dummodo tale aliquod tempus expressum sit, quod non inest ex natura substitutionis.

Expediemus, DEO volente, hac hora ea, quæ nobis de quæstione secunda restant. Casus vnus vulgaris extenditur ad alium. Fallit hæc regula septimo. Nam tempus expressum non extenditur ad aliud, quo ad conditionem voluntariam. Puta: instituo te, &c, si hæres non eris: atq; rex Nauarræ regnum Galliæ sibi hoc anno subiecerit: substituo tibi Gaium.

Hæc

Hæc conditio (Si sibi regnum hoc anno non subiecerit,) est voluntaria.

Quid, si hoc anno quidem sibi regnum suum non subiiciat, sed sequente: traheturne tempus huius anni, ad tempus anni sequentis? aut (vt perspicue loquar) locus ne erit substituto? Videtur, quod sic.

Ratio dubitandi.

Quia conditiones & casus in vulgari substitutione extenduntur, conditio voluntatis trahitur ad conditionem impotentiæ, & econtra.

Contrarium verum est.

Ratio decidendi: Quod contra mentem testatoris nulla extensio fiat. At ille qui ad certum tempus, quod substitutioni essentiale non est, se restringit, vltra illud tempus prouidere non intelligitur.

Hinc DD. regulam statuunt: quod ad certum tempus permissum vltra illud censeatur prohibitum. De qua tamen sententia supra quædam annotata sunt.

Non obstat ratio dubitandi. Nam respondeo, conditiones extendi, id est, necessarias, quæ de substitutionis essentia & natura sunt. Aliud esse in casibus & conditionibus voluntariis.

Quædam enim conditiones substitutioni per naturam insunt, vt, si hæres non eris: si hæres esse nolis: si hæres esse non possis: & omnes casus indiuidui, qui sub casu impotentiæ continentur.

De hisce regula teneatur: eum, qui conditionem necessariam substitutioni essentialem exprimit, ad effectum, non ad modum implendi respicere.

Atq, hinc fit, vt casus ad casum porrigatur, vt voluntati testatoris satis fiat, & omnibus modis eius dispositio effectum habeat.

Quædam autem conditiones non sunt necessariæ: sed à mero testatoris arbitrio pendent: & propterea substitutioni naturaliter non insunt: de quibus alia habetur regula, hæc videlicet: Quod testator eiusmodi conditiones adiiciens, non ad effectum, sed ad modum implendi respexisse intelligatur. Quo fit, vt eiusmodi conditiones in forma specifica implendæ sint. Nulla ergo in talibus fit extensio.

Atqui hoc est nostrum thema.

Tum (1) per *l. si ita quis. 21. infr. eod.* cuius argumento nostri tradunt, testatorem ad certum tempus, quod ex natura essentiali substitutionis non sit, se restringentem, vltra illud tempus prouidere non intelligi: & quod huius consequens est, extensionem de casu ad casum, contra mentem testatoris non fieri. *Ita ibi Bart. Bald. Alberic. de Rosat. Imol. Castrens. & Alex.* Et dixi supra ad regulam: Quod pupillaris verbis specialibus expressa tacitam vulgarem contineat: ampliatione 2.

Tum (2) quod dies ad formam *n* pertineat: vt proinde mutata die, substantia rei mutari intelligatur. *l. 1. §. si quis simpliciter. infr. verb. oblig.* scilicet si conditio voluntaria sit. *Alciat hic. num. 49.*

Et hanc sententiam tenet *Bart. l. si mater. §. 1. num. 3. ibi DD. inf. eod. DD. hic. ibi Ias. num. 23. vers. secundo limitat in tempore. & Bart. Socin. num. 13. vers. sexto limita. Alciat. num. 49. DD. in d. l. si ita quis. Gomez. tomo 1. cap. 3. num. 10. ad fin. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 3. interpret. 2. dub. 1. solut. 6. num. 41. DD. in tract. substitut. ibi Sfort. part. 2. q. 3. vers. limitatur tertio, vt non fiat prædicta extensio. Chifflet. c. 11. & Trentacinq. d. c. 1. num. 38.*

n In conditione necessaria spectamus effectum. fit ergo extẽsio. Voluntaria autem inducit formam. *Trentecinqu. d. cap. 1. n. 40.*

Octavo limitatur, quando testator in casum omissum specialiter prouidit, vt in *l. quum ex filio. 39. §. 1. infr. eod.* Nam tunc de casu ad casum extensio non fit: quum prouisio testatoris & hominis legis prouisionem excludat. *l. fin.* o *C. pact. conuent. Ita DD. hic. ibi Ripa num. 93. Alciat. num. 56. DD. in suis tract. substit. ibi Sfort. d. q. 3. vers. limitatur quinto, quando de casu omisso. & Trentacinq. d. c. 1. num. 38. vers. octauo declara.* 80

o Expressum facit cessare tacitum. Ergo si ratione paraphernorum, dotali instrumento hypothecæ nominatim a marito scriptæ sint, his esse mulierem ad cautelam suam contentam: (id est, sancimus.) Sin autem minime hoc scriptum inueniatur, ex præsenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo ille pecunias exegit.

Nono

81 Nono limitatur. Nam regula nostra procedit in conditione necessaria ad substitutionem vulgarem, vt sunt noluntatis, impotentiæ, & alii indiuidui casus, qui sub casu impotentiæ continentur: Tunc enim casus vnus ad alterum extenditur, eam ob causam, quod testator exprimendo casum substantialem & necessarium, tantum respectum habuisse videatur ad effectum, si substitutus scilicet hęres non sit, non ad modum, per quem hæres non sit. *l. mulier. 22. in princ. infr. ad SC. Trebell. l. si mater. 3. C. institut. & substitut. & ita loquitur d l. Gallus. § & quid si tantum. ibi Bart. & DD.* At aliud est in conditione non necessaria ad substitutionem vulgarem, sed mere voluntaria, quæ præter conditionem substitutioni essentialem extrinsecus assumitur: Vnde etiam substitutionem conditionalem dicimus: puta, ita substituo: *si Titius hæres non erit, & nauis ex Asia venerit, Caius hæres esto.* Aut ita: *si posthuma* p *non nascatur, Titius hæres esto.* Aut ita: *si filii masculi non nascantur, Titius hæres esto.* Hi enim casus, qui substitutioni essentiales non sunt, ad alios nõ extenduntur: quum testator apponendo conditionem voluntariam, videatur magis considerasse modum implendi conditionem, quam effectum. Hinc trita iuris regula est: Quod conditio mere spontanea in forma specifica impleri debeat, eoque ad casum omissum produci non possit. *Bart. & DD. in d. l. Gallus. § & quid si tantum. l. cohære di. 44. & l. Mauius. 54. infr. condit. & demonstr. Bart. Soc. hic. numer. 13. vers. octauo notabiliter limita. Alciat. n. 52. Sim. de Prat. de interpret. vlt. volun. lib. 3. interpr. 2. dub. 1. sol. 5. num. 18. Trentacinq. d. c. 1. num. 40. vers. nono declaratur.*

p Ad vulgarem substitutioné pertinet hæc conditio, si posthumus non nascatur. Refertur n. ad caput impotentiæ: At qualitas posthumæ filiæ aut posthumorũ filiorum est voluntaria, & conditionem voluntariam facit. Necessaria est conditio, si hæres non erit. Necessarius ergo & casus nolontatis, & omnis casus impotentię, per quem aliquis hæres non est. At qualitates posthumarũ aut filiorum masculorum sunt aduentitiæ & voluntarię, sine quib. conditio essentialis (*si hæres nõ erit,*) stare potest.

82 Decimo limitatur: si testator se arctauerit ad vnum tantum casum. *Zas. hic. num. 18. versic. tertio fallit.* Substitutio ergo non extenditur ad alios casus, vbi sunt verba restrictiua. *Hym. Crauet. consil. 98. numer. 3.* Hinc communiter DD. nostri concludunt, si in casu substitutionis expresso addita sit particula (tunc) aut verbum q hoc (eo casu) puta, ita dictum est: (*si filius, me viuo, morietur, tunc* r *vel eo casu substituo Caium*) quod casus expressus ad diem non expressum non trahatur. Hasce enim particulas limitatiuas & restrictiuas esse constat ex *leg. 4. §. fin. infr. condit. & demonstr. l. in substitutione. 31. ibi Bart. Alberic. de Rozat. Angel. Imol. & reliqui communiter, infr. eod.* etsi aliter *Bald. Castrens. Aretin & Ias.* textum intelligant. & ita in materia substitutionum de iure responderunt *Ancharan. consil. 356. num. 3. Ludouic. Roman. cons. 131. ibi luculentissima additio in versic. tunc & eo casu. Dec. consil. 63. num. 2. ibi Molin. in addit. cons. 315. num. 2. & 3. ibi addit.* Quibus addantur *Sim. de Prat. de interpret. vlt. volunt. lib. 3. interpret. 2. dub. 1. solut. 5. num. 19. & seq. Sfort. in tract. vulg. substitut. qu. 3. ad fin. vers. limitari igitur septimo potest. & Trentacinq. d. c. 1. num. 41.*

q Verbum accipitur etiam de pluribus. *l. 2. §. verbũ hoc. infr. verb signif. l. iam hoc iure. infr. eod.*

r Tunc Germanice 1. auff den Fall 1. als dann. & per cõsequens, nicht ehe.

Non est facienda extensio, vbi mens & voluntas testatoris refragatur. Limitatio hæc 10. verissima, & communiter à Doctoribus recepta est. Sed de sententia *dict. l. in substitutione.* DD. inter se paululum disputant. Videndus vltra alios *Zasius ibi num. 2.* qui facti speciem proponit: & *Euerbard. consil. 244. num. 9.* Textus ille duas facti species & duo responsa habet. Communiter DD. legem illam ita intelligunt: quod substitutus per hæc verba (*quisquis mihi hæres erit,*) ex substitutione vocetur, si aliquo tempore fuerit hæres, licet hæres non permanserit. Sufficit enim conditionem aliquo momento impleri. *Gabr. Roman. libr. 4. recept. conclus. tit. de fideicomm. regul. 8. Diaz. reg. 118. condiditionem.* (hic est primus casus.) Secus si ad tempus delatæ hæreditatis ex substitutione testator se retulisset. Tum enim necessarium est, vt illo tempore hęres sit. (Hic est secundus casus.) Aiunt DD. rationem diuersitatis inter primum & secundũ casum esse: quod in posteriore testator per particulam Tunc sese ad tempus mortis filii impuberis restinxerit.

xerit. Baldus hunc intellectum reprehendit, & dicit, particulam Tunc in illo textu significare extremitatem temporis, si punctus illi subiungatur: aliud, si præcedat. Ipse aliter textum intelligit, & vult ibi fauore substitutionis id inspici, quod substituto vtilius sit. Ergo si substituto vtilius sit, vt attendatur, an vel semel hæres quis fuerit, id omnino tenendum. Si autem non sufficiat, sed fauorabilius substituto sit, vt exigatur quem hæredem esse tempore mortis, inspiciendum tempus mortis fauore substitutionis. Et hanc Baldi sententiam *Castrensis d. l. in substitutione. num. 3. ad fin.* subtiliorem & pulchriorem esse dicit, quam sit sententia glossæ & DD. Baldum etiam *Iason num. 1.* sequitur, & eius sententiam meliorem esse dicit. Plura de intellectu textus qui volet, cognoscat ex remissionibus *Delii*, & apud *Menochium cons. 97. num. 104. cum seqq. libr. 1.*

Hæc sunt præcipuæ limitationes ad regulam nostram. DD. nostri multas alias colligunt fallentias, de quibus recte pronunciat *Sfort. in tract. substit. part. 3. qu. 3. prope fin. versic limitatur etiam aliis modis.* quod vel communiter reprobentur, vel nimis speciales sint. Vnum & alterum exemplum proponam.

XI. Limitant regulam nostram in casu *l. fin. C. instit. & substitut.* ibi enim casus vulgaris substitutionis expressus non trahitur ad casum vulgaris tacitæ, qui ibi euenerat. Hanc refert *Barthol. Socin. hic. num. 13. vers. nono limita.* Ita enim illum textum intelligere Bartolum supra ad regulam, quod casus pupillaris ad casum vulgaris trahatur: limitatione 6. prope finem, annotatum est. Hæc fallentia bona non est: quia supra loco relato fuit annotatum, & comprobatum etiam, Bartolum non bene textum illum intelligere, ac proinde ad vnum omnes DD. contra illum tenere: quod ibi non sint duæ vulgares: sed illa quæstio tractetur: numnam substitutio vulgaris expressa ad pupillarem tacitam trahatur, quando mater impuberis in medio est. 83

XII. DD. limitant regulam nostram in substitutione facta in suitate in vno casu: licet enim illa trahatur ad alterum casum in suitate, per *l. Gallus. §. & quid si tantum. supr. de liber. & posthum.* Tamen *s* non trahitur ad alium casum substitutionis in hæreditate. *gl. l. si mater. ad fin. ibi Castrens. infr. eod.* Hanc ponit *Barth Socin. hic nu. 13. versic. tertio limita.* Negat autem *Alciat.* in suitate fieri substitutionem. Ideo hanc fallentiam refellit *hic. num. 39. & 153.*

s Adde quæ dico infra, *qu. 4. effect. 5. limit. 4.*

XIII. Addunt DD. materiam *l. Iulianus. infr. si quis omiss. caus. testamen.* de qua post *Bartolum Iason hic. num 23.*

XIV. *L. si cum dotem. supr. solut. matrim.* De qua per *Iasonem hic. num. 23.*

TERTIA QVÆSTIO.

Tertiam quæstionem Bartolus *t* in duas diuisit. *Ias. hic. num. 33.* Tractatio enim de forma vulgaris substitutionis, seu de verbis, quibus illa conficitur, præcursoriam hanc habet quæstionem: **An necessario præcedere debeat substitutionem expressa & recta institutio.** 84

t Quæstio tertia bipartita est. Primo enim quærimus, nũ ad substitutionem necessario prærequiratur institutio? II. quæstio est de verbis, quibus nostra substitutio conficitur.

DD. non satis circa hanc quæstionem cum Bartolo conueniunt. Bartolus dicit, verum esse communiter, quod ad substitutionem institutio prærequiratur: addit tamen, fieri posse substitutionem vulgarem, non præcedente institutione. Proponit exempla duo: I. ex *l. si quis. 82. supr. tit. 1.* quando ita hæres instituitur, si legitimus hæres vendicare nolit hæreditatem. Hic, inquit Bartolus, est substitutio, quam nulla expressa institutio præcedit. Nam veniens ab intestato expresse profecto non instituitur, sed tacite vocatur, & hoc ad substitutionem sufficit. II. exemplum est, si aliquis faciat testamentum secundum consilium Galli. scilicet per hæc verba: *si filius meus, me viuo, moriatur, nepotem instituo.* Nam filius expresse institutus non est, sed tacite vocatus, idque ad substitutionem nepotis sufficit. Hinc Zasius noster, vt Bartoli doctrinam nobis magis peruiam reddat, regulam constituit, quod vulgaris substitutio regulariter non fiat, nisi præcedente institutione, id est, expressa. Ad hanc colligit tres casus, quorum vnus ampliatio, alii duo fallentiæ sint. Ampliabis ergo hanc regulam, secundum eum, si substitutio extraneo fiat. Nam tunc prærequiritur institutio expressa præcedens.

Fallentia 1. est secundum eum, quando substituitur filio iuxta *d. l. Gallus.* ibi enim ait, filium præsumi institutum, & tacitam institutionem sufficere.

Fallen-

Fallentia 2. est in legitimis hæredibus, quibus substitui potest vulgariter, licet illi non fuerint instituti. Hæc ille.

Alii interpretes etsi Bartoli doctrinam admittunt, quod etiam tacita institutio præcedens sufficiat: tamen de exemplis & textibus adductis, ab illo plane dissentiunt.

A Bartoli ergo & Zasii doctrina cauendum erit.

De doctrina hac iudicari potest ex iis, quæ dixi in tit. de testament. ad materiam institutionum, requisito 5. Institutio tacita quoque sufficit ad testamentum, vt ibi dixi. De ficta institutione constat. Aliæ tacitæ voluntates tum demum pro institutione sunt, quando ex verbis quibusdam & circumstantiis testamenti satis probari potest testatoris dispositiua voluntas, permissiua non sufficit, vt ibi dixi. Aliud enim est velle, aliud non nolle. Bartolus existimat etiam in conditione positos tacite vocatos intelligi. Quod alii impugnant: quum hi tantum permissiuam, non dispositiuam testatoris voluntatem habeant. Non ergo de doctrina Bartoli, sed de exemplis ab illo propositis quæstio est.

Ad hanc quæstionem respondet glossa 3. hic, substitutionem sine institutione, id est, expressa, consistere non posse.

Tum (1) quod substitutio sit secunda institutio: præcedere ergo oportet institutionem. *Ias. h. nu. 32.* Tum (2) quod primum extremum vulgaris substitutionis negatiuum (*Si hæres non erit*) verificari non possit, nisi aliquis sit hæres institutus: quum priuatio habitum præsupponat. *Zas. h. nu. 13. dicens hanc viuam rationem.* Tum (3) per textum nostrum hic *in fine*, vbi dicitur, sine hæredis institutione nihil in testamento scriptum valere.

Admittit autem *Bart. hic num. 16.* sententiam glossæ communiter & regulariter veram esse: interdum tamen vulgarem substitutionem, etiam non præcedente aliqua expressa institutione, fieri posse, modo vt tacita interueniat. Cuius doctrinam sequuntur *Alex. num. 13. Bart. Socin. num. 14. Ias. num. 32. Ripa num. 100.* dicens communem. *Alciat. num. 61. Zas. num. 13. cum seq. Sfort.* qui & magis communem esse testatur, *de vulg. subst. q. 4.*

Nam & tacita institutio ad testamentum sufficit, modo voluntas testatoris dispositiua per coniecturas ex testamento resultantes & verba quædam satis probetur. *Ita post Bald. hic sensere DD. hic. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 1. num. 8. Domin. de Magdal. de num. testium in testam. requis. part. 1. cap. 15. per tot. & dixi ad tit. de testam. circa materiam institu. hæredum, requisito 5.*

85 In eo autem Bartolus noster fallitur, quod in *l. Gallus. supr. liber. & posthum. & l. si quis. 82. supr. tit. 1.* filium & venientes ab intestato tacite vocatos esse, & dispositiuam testatoris voluntatem habere intelligit, & alios textus, huc non spectantes, ad nostram materiam adducit, quo nomine à Iasone & Alciato *hic, & in tract. vulgar. substitutionis, post Politum à Leonio num. 46. 47. & Chifflet. c. 12.* in reprehensionem vocatur.

Tum (1) quod *Bart. & omnes DD. hic.* vno ore tradiderint, eam partem vulgaris substitutionis, quæ substitutum respicit, & nomen eius continet, perpetuo dispositiuam & affirmatiuam esse: multo magis ergo primus gradus erit huiusmodi, *Chifflet. d. c. 12.*

Tum (2) quod ad testamentum dispositiua testatoris voluntas necessaria sit, neque permissiua sufficiat. At positi in conditione simplici, vt in *d. l. Gallus. in princ.* vocati non intelliguntur, *l. ex facto. 19. supr. tit. praeced.* nisi adsit voluntas testatoris aliunde ex testamento elicita, vt in tract. de test. loco relato annotatum est.

Tum (3) quod in *d. l. si quis.* non substitutio, sed institutio potius conditionalis sit. Quæ ad tit. de testam. in materia institutionis, requisito 5. versic. infer 2. si testator faciat testamentum secundum consilium Galli, &c. sufficienter declarata sunt.

Tum (4) quod iura, quibus Bartolus probare voluit, in conditione positos liberos, tacite vocatos intelligi, puta, *d.l. Gallus.l. cum in testamento.37. supr.tit.1.l.si pater.25.l.cohaeredi.41.ad fin.infr. h tit.n.* ad rem nihil pertineant. 86

In hisce enim textibus nihil de institutione liberorum facienda dubitatum aut decisum fuit: sed tantum de substitutione. Quare non institutionum, sed substitutionum formulae tantum relatae sunt. Ita post Politum recte docet *Leon. de vulg substitut.nu.46.47.Chifflet. d.c.12.* vbi etiam de sententia *l.Lucius.85.supr.tit.praeced.* differit.

Chiffletius *d. cap.12.* existimat, hanc quaestionem, an positi in conditione vocati intelligantur, (de qua suo loco disputaui) non esse nouam ipsius Bartoli: sed iam olim fuisse quoque inter Pegasum & Aristonem agitatam: idque ex *d. l. ex facto.* colligit. Ibi enim talis facti species proponitur: Quidam qui instituerat haeredem in octo vnciis, & sic (vacauit triens) ita disposuit: *Si mihi Seius haeres non erit* (quẽ non instituerat) *Sempronius haeres esto.* Quaestionis fuit: quum Seius haeres esse non potuerit, vtpote non scriptus: an Sempronius trientem illum vacantem occupare posset: Pegasus censuit, quod sic, & per consequens praesupposuit institutionem & substitutionem. Aristo contra, ea ratione decidendi: quod Sempronio pars esset data, quae nulla esset. Nam Sempronio videtur data pars Seii: Seius autem portionem nullam habebat, vtpote non institutus. Hic ergo textus clarissimus est contra Bartolum, quod positi in conditione non intelligantur vocati. Estque haec sententia textus verissima, vt ostendit *Gouean. lib.2.var. lect.cap.16.* Vulgata lectio illius textus ita habet: Si quis vacua parte relicta, ita instituerit: *Si mihi Seius haeres non erit* (quem non instituerat) *Sempronius haeres esto:* An hic Seius occupare possit vacantem portionem? Haec est vulgata lectio & mendosa, quae interpretum ingenia plurimum diuexauit: quam tamen tueri conatur *Bellon. lib.2.supputation.cap.18.* Florentina lectio ita habet: An hic (id est, Sempronius: haec enim particula ad proximiorem refertur) occupare possit vacantem partem, &c. *Gouean. lib.2.var.lect. c.16.* Aristonis sententiam comprobauit, authore Vlpiano, Iauolenus, Pomponius, Arrianus, & ipsemet iudiciorum vsus.

Textus enim non disponunt, nisi de punctis, de quibus in iis quaeritur: caetera vero vel idonea praesupponunt, vel in aliis legibus relinquunt, vt dixi ad *l.qui testamento. ad verbum, si aliud eos non impediat.supr.de testam.*

Ad quaestionem autem principalem quod attinet, sciendum, omnem substitutionem vulgarem, secundum ea, quae iam prius annotata sunt, duo extrema habere, vel expressim, vt est ea, quae per verba indiuidua aut specialia concipitur, vel tacite, puta, si in genere tantum expressa, aut prorsus tacita fuerit. 87

Et prius quidem extremum, quod ad institutum refertur, semper negatiuum atq; priuatiuum est: vt, si haeres non erit: posterius autem, quod ad substitutum refertur, positiuum atque affirmatiuum: vt, *Caium substituo, Bartol. hic. in 3. quaest.num.17.* quem communiter Legistae & Canonistae sequuntur, vt dicit *Barth. Socin.h.num.14.Zas. num.12.Idem in tract. vulg.substitut.versic. tertium punctum prosequimur. ibi Leon. num. 42. & seq. Sfort. quaest.4. ad fin.* dicens hanc egregiam theoricam Bartoli. *Chifflet. d.c.12. Trentacinq. q.2.num.1.* qui hanc communem & receptam scribentium opinionem appellat. eandem communem dicit *Graff. §.substitut.q.8.num.7.*

De hisce porro duobus extremis DD. quaerunt.

Ad primum extremum negatiuum quod attinet, de verbis indiuiduis in superioribus satis superque disputatum fuit. De verbis autem illis specialibus (*Si haeres non erit*) hoc amplius nunc obseruandum, multis modis ea à IC. exponi. 88

Primo enim intelliguntur de u instituto. vt sit sententia: si ipse institutus

u Haec verba (*Si haeres non erit*) non tantum pertinẽt ad institutũ, sed ad eos quoq; qui ex substituti persona succedũt. Si accipiuntur hęc verba de instituto, suam peculiarem tractationẽ habent. Aliam habent disputationem, quando accipiuntur de iis, qui ex persona substituti succedere possunt.

tus hæres non erit: vt, quia vel hæreditatem repudiauit, & hæres esse noluit: vel ante testatorem mortuus, aut alio modo impeditus, hæres esse non potuit. *x* Hæc enim verba *(Si hæres non erit)* ad casum noluntatis & impotentiæ pertinere supra annotatum est. Ergo etsi institutus hæreditatem non adierit, non ideo dicendum ad substitutum hæreditatem pertinere. Nam hic verborum sensus est: si institutus hæres non erit, id est, si plane desierit esse posse hæres, ita vt iure communi & ordinario nulla *y* spes sit, eum hæredem fore: sed plane certum extet, exclusum esse ab hæreditate. Quamdiu enim prior hæres institutus hæreditatem adire potest, substitutus non potest. *l.3. infr. acquir. hæred. Bart. h. num. 18. ibi reliqui. Duaren. ad tit. n. h. sub rubr. de effectu substitutionis vulgaris, versic hæc igitur verba, si hæres non erit, interpretabimur. Trentacinq. de vulg. substitut. c.3. nu.1. vers. secunda prædictorum verborum.*

x Non satis est, quẽ de præsenti nõ esse hæredem, sed requiritur, vt perfectissime constet, de non extantia hæredis: ita vt iure communi & ordinario institutus, plane exclusus, & nulla prorsus iure cõmuni & ordinario spes sit, ad hæreditatem redeundi Dicentur hæc plenius q. 4.

y Sufficit institutum iure communi & ordinario exclusum esse, ad hoc, vt substitutus admittatur. Non necesse est, vt & iure extraordinario atq; speciali exclusus sit. *Bart. h. num. 9.* dicetur circa *qu. 4. infra,* Deo volente.

89 Secundo etiam exponuntur hæc verba de iis, qui ex persona instituti *ζ* succedere possunt. Hæc enim sententia est, *a* si neque ipse hæres erit, neque alium hæredem fecerit *§. fin. Inst. vulg. subst. l. si paterfamilias. 39. sup. tit. 1. l. cum proponas 3. C. de hæred. instituen. Bart. hic. num. 18. ibi cæteri. Duaren. ad tit. n. hic. rubr. de effectu substitutionis vulgaris, ad princ. Trentacinq. d. c. 3. nu. 1. in princ. Grass. § substitutio. q. 8. num. 3. 4.*

ζ Hæc verba, *si hæres non erit*, ita intelliguntur, si neque per se, neque per alium hæres sit. Personæ autem, quæ alios hæredes faciunt, sunt 1. seruus, 2. filiusfamilias, 3. Monachus, 4. hæres, qui non adita hæreditate mortuus, transmittit hæreditatem, 5. hæres indignus, qui fisco locum facit.

a De prima, & hac expositione disputatur circa primum effectum substitutionis.

90 Porro de vero sensu & conciliatione *d. l. si* b *paterfamilias. & dict. §. fin. Vigl. Hotoman. Mynsing. d. §. fin. Alciat. lib. 1. dispunct. c. 2. Vasqu. de success. progressu lib. 1. §. 5. num. 14. Vacon. lib. 6. declarat. 85. Trentacinq. de substitut. vulg. c. 9. num. 3. Cuiac. lib. 17. obseruat. cap. 21. Alphan. in reportat. nu. 575.* De conciliatione autem horum duorum textuum *cum d. l. 3. C. de hæred. institu.* vltra alios, quos refert *Alphan. in reportat. num. 374.* differunt *Leon. in mat. vulg. num. 62. cum seq. Duaren. ad tit. n. h. sub rubr. de effectu vulgaris substitutionis, vers. dictum fuit in initio huius disputationis. Vigl d. § fin. ibi gloss. verb. acquisiuerit. quam magistralem Zas. h. num. 23. dixit. Grass. verb. substitutio. q. 8. num. 4.*

b Adde ad textum *d. l. si paterfamilias. & d. § fin.* ea, quæ dico *infr. q. 4* circa effectum primũ vulgaris substitutionis. § *sexto, quum verborum vulgaris. vers. hæc tamen regula & sexta illatio.*

Iura nostra verba hæc *(Si hæres non erit)* varie interpretantur: quas expositiones studiose cognoscere debemus. Quemadmodum enim scire leges, non hoc est, verba earum tenere, sed vim atque potestatem habere: Ita multum refert, vt vim verborum, quibus testatores vtuntur, probe intelligamus.

Verba hæc (Si hæres non erit,) relata ad iuris sensum, eam vim habent: si neque ipse hæres eris, neque alium hæredem effeceris. *d. l. si paterfam. cum l. seq. d. l. cum proponas. & d. §. fin.* circa quæ iura DD. de duabus pseudantinomiis differunt.

Primo d. §. *fin.* videtur descriptus ex *d. l. si paterfamilias.* At in illo §. *fin.* totus as hæreditarius inter instituti serui dominum & inter substitutum diuiditur: quod & textus satis innuit, & *Theophilus in suis Instit. eod. tit. §. fin.* clarissime dixit: quum Iuliani verba hæc sint: iam in hoc casu duo semisses fient, ita vt alter semis inter eum, qui dominus instituti hæredis fuerit, & substitutum æquis portionibus diuidatur.

Vult Iulianus alterum tantum semissem inter dominum serui instituti & inter substitutum diuidi. Iustinianus totum assem in §. *fin.* inter eos diuidit. Quid ergo (inquies) de altero semisse fiet in responso Iuliani? Hic mirifice DD. inter se variant.

I. *Vigl. d. §. fin. & Cuiac. libr. 17. obseruat. cap. 21.* vtrobique totum assem hæreditarium inter dominum serui instituti, & inter substitutum diuidi putant. Sed difficultatem, quæ ex verbis Iuliani exoritur, non eodem modo dissoluunt. Viglii verba hæc sunt: Hic erit forte minus absurdum, vt supra scripta quoque verba (id est, Iuliani) ad æqualem diuisionem trahamus: quodque de altero semisse tantum dicitur, de vtroq; intelligamus. Alter enim de duobus sæpe dicitur, &c. Tandem addit, hoc colorem quidem

aliquem habet, sed refelli posse non nego. Quare quum Viglius suam ipse expositionem deserat, non est, quod in ea refellenda immoremur.

Cuiacius putat, Iulianum nō ita scripsisse, ita vt alter semis inter eum, qui dominus &c. sed hoc modo: ita vt as inter eum, qui dominus, &c. Tribonianum autem pro A alter, pro S semis interpretatum. Id *Hotoman.d.§.fin.& Charondas ad d.l.si paterfamilias.* refellunt.

II. *Alciat. in lib.1. dispunct. cap.2. & Hotom. d. §.fin.* ipsi quoque vnam & eandem facti speciem proponi contendunt: sed ita vt non totus as, verum alter tantum semis inter instituti serui dominum & substitutum diuidatur: alterum semissem dicunt pertinere ad substitutum, qui cohæres fuerit institutus. Ita vt dubitatio in *d.§.fin. & d.l.si paterfamilias.* sit tantum de altero semisse diuidendo.

In antiquo codice, inquit *Alciatus*, is Sempronius Titio cohæres traditur hac scriptura: Si paterfamilias Titium, quem ingenuum esse credebat, hæredem scripserit, eiq; si hæres non esset, Sempronium cohæredem substituerit, &c. Idem *Vacon.lib 6 declaration.85.prope fin.* refert: sibi anxio & quærenti antiquissimum manuscriptum codicem, ab amico quodam ostensum, in quo dictio *cohæredem* inesset.

Et iuxta textum *dict. leg. paterfamilias.* etiam intelligendum esse *d. §.fin.* hoc modo *Hotoman.* probat: Quæri (inquit) potest: Valeatne institutio serui, quem dominus liberum existimabat. Nam si in testamentis voluntas dominatur, quid tam contrarium voluntati quam error? Intestatus ergo decessit testator. Nam si non valet institutio, nec substitutio quidem valebit. Hanc dubitationem (addit ille) ita magnam arbitror, vt mihi hac vna ratione tolli posse videatur, si dicamus seruum non solum, sed cum alio pluribusve institutum fuisse: quo casu de testamenti firmitate dubitandum iam non erit. Nam siue excludatur, siue admittatur seruus, primus semper hæres erit, ac tantummodo controuersia relinquitur inter seruum & substitutum: quem verum & vnicum esse controuersiæ nostræ casum, postrema Iuliani verba apertissime ostendunt.

Subiungit *Alciat. loco relato*, quod in *d. l. si paterfamilias.* Iulianus decidat: idem Tribonianum in *Institutionib.* asserere videri, qui in partem substitutum admitti debere referat: partis autem appellationem de dimidia intelligendam.

Verum ne hæc quidem expositio satis tuta esse videtur. Nam quod in responso Iuliani substitutus cohæres fuerit, id admitti facile potest. At eundem casum Imperatori propositum fuisse, id vero minime defendi posse videtur: & clarissime hoc ostendit Theophilus in Græcis Institutionibus, quod ibi substitutus cohæres institutus non fuerit.

Neque ratio Hotomani satis vrgens esse videtur mihi: quum non omnis error institutionem euertat: & distinguit in materia nostra *Cuiac.d.obseruat.21.* substitutionem *c* certe, de qua idem, quod de institutione iudicandum videtur, hic error non viciat, vt omnes textus clarissime testantur.

c Ad textum *l. 3. Cod.de hæred. institu.* qui Hotomano obstare videtur, respondet ille, textū in milite loqui.

Quare dicendum, hosce quidem textus duos in hoc conuenire, quod vtrobique propter casus dubietatem, hæreditas, aut eius dimidia pars controuersa propter rationum conflictum diuidatur: Sed inter casus hoc discriminis sit: quod in responso Iuliani substitutus cohæres: in textu autem *Institutionum* cohæres non fuerit. Ita sensit *Vasq. de success. progress. lib.1. §.5. num.14. cum sequentib. Vacon.d.declarat.85.lib.6.* Eandem expositionem habet *Mynsing. d. §. fin.* in qua acquiesco. *Trentacinq. in tract. vulgar. substitut. cap.9. num.3.* qui omnia pene Vasqui verba refert.

Constituta hac sententia, alia nunc sese ψευδαντινομία offert inter præcitata duo iura, & inter *l.3. C. de hæred. institu.* Nam in *d. l. si paterfamilias. & dict. §.fin.* propter conflictum rationum diuisio fit: Sed in *d. l.3.* tota hæreditas aut instituti serui domino, aut substituto obuenire dicitur. Ibi enim Alexander eques Iulianum aut libertum suum hæredem instituit: & si ille hæres esse nollet, vel non posset, Vitalem militem ei substituerat. Post mortem testatoris Iulianum institutum hæredem, non testatoris libertum, sed potius illius testatoris & fratris eius communem seruum fuisse apparuit. Quæritur: numnam hæreditas ad instituti serui dominum, an ad substitutum pertineat? Respondit Imperator Alexander: hanc esse voluntatis quæstionem. Nam si credens (inquit) eum proprium & suum libertum hæredem instituit, nec per eum ad alium unquam hæreditatem pertinere voluit, extitit conditio substitutionis. Quod si verba substitutio-

ſtitutionis ad ius, id eſt, ad iuris interpretationem retulit, vt, ſi nec per ſemetipſum alium feciſſet hæredem, ita demum ſubſtitutum vocari, ſi domino iubente ſeruus nolit adire: ſi autem domino iubenti pareat, ſubſtitutioni locum non eſſe.

Hoc vltimum membrum diſtinctionis, quando (inquam) teſtator verba ſubſtitutionis ad ius retulit, pugnare videtur cum *d. l. ſi paterfamilias. & d. §. fin.*

Variæ conciliationes DD. traduntur: mihi duæ præ cæteris notabiles eſſe videntur.

PRIMA eſt *gl. in d. §. fin. verb. acquiſierit.* quam magiſtralem dicit *Zaſ. hic. nu. 23.* eamque in effectu, licet non ita plene, ſequitur *Duaren. ad tit. n. h. rubr. de effectu ſubſtitutionis vulgaris, verſic. dictum fuit in initio huius diſputationis.* vbi ait: tres eſſe caſus, penes quos hæc antinomia concilianda ſit. Aut (inquit) (1) clarum eſt, quod teſtator, credens libertum hæredem ſuum, noluerit ad alium hæreditatem pertinere. Hic eſt primus caſus in *d. l. 3.* Aut (2) certum eſt, quod teſtator verba ad ius, id eſt, ad iuris interpretationem retulerit, & hic eſt ſecundus caſus *d. l. 3.* Habet ergo locum diſtinctio ibi poſita, numnam ſeruus domino iubenti pareat, an non pareat. Aut (3) dubia eſt teſtatoris voluntas. Non enim ſatis certum eſt, quod teſtator voluerit. adducuntur rationes hinc inde pro domino ſerui: adducuntur rationes pro ſubſtituto. Hic ſequendum erit Tiberii iudicium, & deciſio *d. l. ſi paterfamilias. ad d. §. fin.*

Eandem ſententiam habet *Graſſ. §. ſubſtitutio. q 8. num. 4.*

Hoc ergo ſentit *Duaren.* textus allegatos in caſibus diſparatis loqui.

Hæc Duareni conciliatio ſtare non poteſt. I. Si tres caſus circa deciſionem propoſitæ quæſtionis conſtituendi eſſent, iam Imp. in *d. l. 3.* non ſufficienter reſpondiſſet, ſed defectiuus foret: quod non eſt dicendum. II. Sequeretur *d. l. ſi paterfamilias. & d. § fin.* non procedere, ſi teſtator ſubſtitutionis verba ad ius retuliſſet: ſed in dubio tantum procedere: quæ eſſet magna illorum iurium limitatio & correctio. Quare ſatius eſt, vt duo tantum membra conſtituentes, Imperatorem perfecte reſpondiſſe dicamus. Imperator dicit: quæſtionem eſſe voluntatis, hoc nimirum innuens, quum de militis teſtamento diſceptetur, exquirendam tantum militis eſſe voluntatem. Aut ergo (inquit) teſtator credens hæredem ſuum libertum, verba ſubſtitutionis ad ius retulit, id eſt, voluit, vt vel ipſe ſibi, vel alii acquirere poſſet: & tunc diſtinguitur, vt ibi in fin. vtrum ſeruus adire voluerit, vel non voluerit. Et profecto illi, qui eiuſmodi teſtatoris voluntatem allegat, probatio incumbit: quod ſi hoc probatum non ſit, in altero caſu verſamur. Nam ſi certum eſt, teſtatorem credidiſſe tunc ſeruum eſſe liberum, probabilius eſt, eum voluiſſe hæreditatem in eius tantum perſona adhæreſcere. *Hotoman. d. §. fin.* Fundata ergo erit illius intentio, qui probat, teſtatorem credidiſſe hæredem ſuum libertum fuiſſe. Hoc enim probato, ſatis manifeſtum eſſe dicitur, quod teſtatoris voluntas fuerit, vt inſtituto acquireretur & adhæreſceret hæreditas, & qui adfirmat, plus voluiſſe teſtatorem, illi probatio incumbit.

Vt ecce, proponamus factum ex textu *d. l. 3.* concurrunt inſtituti hæredis dominus & ſubſtitutus. Subſtitutus allegat certum eſſe, quod teſtator crediderit, ſeruum tunc fuiſſe libertum. Hanc ergo eius voluntatem fuiſſe, vt hæreditas adhæreſceret perſonæ inſtituti hæredis, & illi acquireretur, nec voluiſſe eum, vt alii acquireret. Dominus autem inſtituti ſerui allegat, teſtatorem verba ſubſtitutionis ad ius retuliſſe: ac proinde eum voluiſſe, vt inſtitutus vel ſibi, vel alii acquireret. Hic vnus, id eſt, ſubſtitutus negat: alter, id eſt, dominus ſerui adfirmat. Conſtat ergo, cui incumbat probatio. Ad hoſce duos caſus reſpectum habuit Imper. Alex.

SECVNDA conciliatio eſt *Viglii in d. §. fin.* quod *d. l. 3.* loquatur in milite teſtatore: alia duo iura accipit in teſtamento paganico. Ego hanc ſententiam veram eſſe iudico: etſi Domini Viglii ſententiam non omnino probem. Ille putat verſ. *quod ſi.* verba accipienda de teſtatore, qui ſciuit conditionem ſerui. quod mihi non placet. imo, vtrumq; diſtinctionis ibi propoſitæ membrum ad illum tantum caſum referri arbitror: ſi teſtator credat inſtitutum proprium ſuum libertum, qui ſeruus fuit communis. De ſententia autem *d. l. ſi paterfamilias.* aliquid etiam attingam, DEO volente, infra circa primum effectum vulgaris ſubſtitutionis q. vltima.

91 Tertio, etſi hæc verba *(Si hæres non erit)* nullo præcedente teſtamento, aut inſtitutione, intelligantur de ſucceſſione ab inteſtato. *l 3. infr. iur. codic.*

d.l.si quis.82.supr.tit.1. Tamen quum omnis substitutio institutionem præ-requirat: & quamdiu successioni ex testamento locus est, intestamentaria successio cesset. *l. quamdiu.39. infr.acquir.hæred.* Hinc fit, vt in proposito nostro præcitata verba ita accipienda sint: si institutus hæres non sit ex testamento. Ad hoc ergo, vt substitutus excludatur, requiritur, vt institutus ex testamento hæres sit: neque sufficit, si hæreditatem ab intestato d adire velit. *Duaren. loco relato, versic. cæpimus ostendere, quemnam habeant hæc verba. Trentacinq.d.cap.3.num.2. Chifflet.d.c.12.l. filium emancipatum. C. acquir.hæred. l.3. ibi DD. C. hoc tit.n.* Ibi enim casus talis est: Mulier quædam à sua matre hæres in primo gradu instituta, si hæres non esset, substitutum in testamento accepit. Illa omisit hæreditatem ex testamento, & adiit ab intestato. Erat enim filia testatricis. Etsi autem omittere hæreditatem ex testamento, & adire ab intestato liceat: modo sine dolo & fraude fiat, & legata præstentur: Respondit tamen illi filiæ Imper. Alex. si successionem ex testamento omisisti, & ab intestato bonorum possessionis ius habere voluisti: substituto quin locum feceris, in dubium non venit. Successio enim testamentaria legitimam excludit: & hoc fine testatores vulgares substitutiones faciunt, vt ex testamento hæredem habeant: &c. Vnde liquido apparet præcitata verba (si hæres non erit) in substitutione vulgari ita esse accipienda: si ex testamento hæres non erit. *d.l.3. & DD. locis relatis.*

d Substitutus venit ex testamento. Ergo excludit venire volentem ab intestato: quum successioni legitimæ non aliter locus sit, nisi testamentaria cesset.

Quarto, hæc verba (*Si hæres non erit*) intelliguntur, si hæres non erit iure ciuili per aditionem hæreditatis, vel iure prætorio per bonorum possessionem secundum tab. Hęres enim iure prætorio petens bonorum possessionem secundum tabulas tanquam institutus consequitur hæreditatem. Ergo substitutus excluditur *d.l.3.infr.acquir.hæred.Trentacinq. d.c.3.numer.3.vers.quarta est.* 92

Quinto, hæc verba accipiuntur generaliter vt comprehendant casum noluntatis & impotentiæ per interpretationem declaratiuam, iuxta prædicta.

Sexto, ita intelliguntur, vt per interpretationem extensiuam etiam comprehendant casum pupillaris substitutionis, per præmissa. 93

Septimo præcitata verba (*Si hæres non erit*) intelliguntur cum effectu, id est, si neque ipse sese immiscuit hæreditati, neque eius transmissarius adeat. Ergo substituto vulgari non nocet sola suitatis existentia: imo ne immistio quidem aut aditio, sequuta restitutione. Quæ sententia magis voluntati defuncti congruit. Notum enim est, vulgarem substitutionem ideo fieri à testatoribus, vt cum hærede scripto decedant, & ipsorum voluntates non fiant caducæ. *l. vnic.in princip. C.caduc.toll.* vt supra ad principium annotatum fuit. At per nudum nomen hæredis, si institutus aut se abstineat, aut repudiet, aut post immistionem aditionemve restituatur, voluntati defuncti satisfactum dici nequit: quum dispositio efficiatur caduca, & legata à venientibus ab intestato non præstentur, quæ à substituto repetita intelliguntur & præstantur. *l.licet Imperator.infr.legat.1. Alciat. h.num.153. Sfort. Oddo de restitut.in integr.part.2.quæst.62.art.8.nu.102. Graff §. hæreditas.quæst.5.num.1. & dixi supra quæst.2. ad regulam, quod pupillaris contineat vulgarem: ampliatione 2.ad fin. probatur in l.etsi ex modica.6.infr.bon.libert. l.ex contractu.infr.re iudic.*

Circa posterius autem extremum DD. de aliquot vulgaris substitutionis exemplis differunt. 94

Pri-

Primum exemplum est de casu *d. l. fin.* u *vers. fin autem. C. de hæred. instit.* Si quis Plotio sibi hærede instituto, adiecerit, Sempronius Plotii hæres x esto: de quo supra inter exempla tacitæ pupillaris substitutionis mentio facta est. Etsi enim hæc forma posterius expressum habeat: eoque expressa y dici potuerit, vt post *Dyn. & Azon.* annotauit *Bart. num. 17. Alber. de Rozat. ad rubr. num. 8. vers. est & alia tacita & dubia. h. tit. n.* Tamen negari non potest, hanc formulam aliquid dubii habuisse: eoque Imperatoris decisione opus fuisse. Per vulgarem enim succeditur testatori. At hæc verba, Sempronius Plotii hæres esto, non sonant in vulgarem, quod substitutus testatori succedere debeat, sed z Plotio. Ideoq; antiquiores hanc formam vulgarem quidem, sed dubiam appellarunt, vt post *Bart. & Alber. de Rozat.* refert *Alciat. h. num. 63.* & supra annotatum est.

u I. Ibi est vulgaris: 1. quia substitutio in dubio recta. 2. neq; pupillaris, neq; exemplaris esse potest. Est ergo vulgaris.

II. Qum non habeat prius extremum, ergo secundum DD. in genere expressa. (Quanquam defendi possit, quod in specie expressa dici queat vt supra dixi.)

III. Verum quum in vulgari succedatur testatori: testator autem dixerit, quod Sempronius ipsi Plotio (non sibi) hæres esse debeat: hinc fit, vt hoc posterius extremum aliquid dubii habeat: eoque hæc vulgaris, dubia à DD. appelletur.

x Sempronius Plotii hæres esto remotiue, non transmissiue, ita ex Baldo *Alciat. h. num. 63.*

y Id est in genere: Ego tamen contendi, etiam in specie expressum dici posse.

z Ergo videbatur potius fideicommissaria esse.

Circa posterius extremum substitutionis vulgaris DD. de quibusdam formis, quæ aliquid dubii habere videntur, different.

1. Exemplum est *l. fin. C. hæred. institu.* Instituo Plotium: postea addo: *Sempronius Plotii hæres esto.* Quæritur, qualisnam hæc sit forma? Certum est, non esse pupillarem aut exemplarem: quare necessario aut vulgaris, aut fideicommissaria erit. Videtur autem fideicommissaria esse. Nam per vulgarem succeditur ipsi testatori, non hæredi: At hic testator voluit, vt Sempronius substitutus Plotii instituti hæres esset. Contrarium verum: quod hæc sit vulgaris. Nam 1. hæc verba *Sempronius Plotii hæres esto:* verba recta sunt, quæ fideicommissariæ substitutioni non congruunt. 2. Aperti iuris est dubias substitutiones ita interpretandas esse, vt potius rectæ sint, quam obliquæ, modo recta substitutio verbis & personis conueniat. Non obstat ratio decidendi, quæ antiquiores DD. mouit, vt hanc dubiam vulgarem dicerent. Quia sicut per pupillarem pupillo succeditur: & tamen propterea substitutio pupillaris esse non desinit, si testator ita disponat: *si filius meus impubes moriatur, tunc Titius mihi hæres esto:* Ita econtra & vulgaris non desinit, etsi testator dixerit substitutum instituti hæredem esse debere. *l. si ita. §. 1. infr. bon. possess. cont. tab.* Non enim in causis testatorum ad strictam verborum significationem descendendum est: quum plerumque abusiue loquantur. *l. non aliter. §. 1. infr. legat. 3. cum concord.*

Nos rectius propter decisionem Imperatoris qua omne dubium sublatum est, cum DD. hanc formulam simpliciter vulgarem dicemus. Hæc enim mens testatoris fuit vt Sempronius in partem locumque Plotii surrogaretur. Hanc ergo sequimur interpretantes, substitutionem in dubio non obliquam, sed rectam potius atque vulgarem. *DD. ordinarie in d. l. fin. Gomez. d. c. 3. num. 4.* Quum hæc non modo personis conueniat, sed & verbis. Recta enim non obliqua verba illa sunt, hæres esto.

95 Neque obstant illa verba, hæres sit Plotio.

Tum (1) quod in simili traditum sit, etsi per pupillarem pupillo, non testatori succedatur: substitutionis tamen illius virtutem & effectum propterea non alterari, si testator aut hac forma vtatur: *si filius meus moriatur, priusquam in suam tutelam venerit: tunc Titius* a *mihi hæres esto. l. si ita. 8. §. 1. infr. bon. possess. secund. tab. Menoch. de præsumpt. lib. 4. tomo 1. præsumpt. 54. numer. 23.* vbi de sententia huius textus eleganter disserit. Aut hac: *si filius impubes decesserit, Titius sit meus hæres. Alciat. h. nu. 164. 165.* qui huc etiam adducit *l. pen. C. h. eod. tit. Gomez. tomo 1. c. 3. num. 6.*

a In pupillari succeditur pupillo: hæc videtur ad testatoris personam restricta.

Tum (2) quod sufficiat verba si non proprie, saltem abusiue formæ substitu-

ſtitutionis congruere. Non enim in cauſa teſtatorum ad definitionem, id eſt, ad ſtrictam verborum ſignificationem deſcendendum eſt: quum plerumque abuſiue loquantur, nec propriis nominibus ac vocabulis ſemper vtantur. *l. non aliter.* b *68. §. 1. infr. legat. 3. l. non codicillum. 14. l. teſtamentum. 17. C. de teſtam.* At vulgariter ſubſtitutus inſtituti hæres, id eſt, ſucceſſor abuſiue dici poteſt: quum in locum partemve eius ſurrogetur, c remotiue ſcilicet, non tranſmiſſiue, vt ex Baldo annotauit *Alciat. h. num. 63.*

b In quibuſdam eſt 69.

c Quædam ſucceſſio propria eſt, & tranſmiſſiua, quando hæreditatẽ meã & ius hęreditarium in alium tranſmitto. Ita hæres teſtatori, ita pupillo ſubſtitutus pupillaris ſuccedit. Quædam ſucceſſio impropria & remotiua, quando remoto priori, alius ſufficitur ſine tranſmiſſione. 1. Vt ſi plures gradus fiant vulgaris. 2. Ita miles militi, annus anno ſuccedit.

Secundum exemplum *d* vulgaris ſubſtitutionis, de qua propter extremum controuertitur, huic affine, habet *Alberic. de Rozat. ad rubr. num. 26. ſupr. eod.* ſi teſtator ita dixerit: *Seium inſtituo, & ſi hæres non erit, Titius ſit ſibi hæres.* Qua enim *e* ratione in pupillari ſubſtitutione abiicitur dictio Mihi: *d. l. ſi ita. §. 1.* eadem ratione pro non adiecta eſſe debet in vulgari ſubſtitione particula Sibi. Et hanc Alberici ſententiam *Iaſ. h. num. 10.* ſe nuſquam alibi legiſſe dicit. Etſi autem ibi addiderit, hanc deciſionem veram non videri, & facti ſpecie occurrente, conſulturum ſe contrarium: Tamen paulo poſt *nu. 12.* fluctuat. Alberici autem deciſionem probat exemplum præcedens, depromptum ex *d. l. fin.* vt annnotauit etiam *Ripa h. num. 43.* Ideoque veriſſimam eam atque tenendam eſſe recte ſcripſit *Gomez. d. cap. 3. num. 6. ibi Soarez in addit. verb. teneo contrarium.* 96

d II. exemplum: *Seium inſtituo: & ſi hæres non ſit: Titius ſibi, aut illi ſit hæres.*

e *Alciat. h. nu. 163. 164.* fruſtra de hac ratione diſputat.

Tertium exemplum, *f* in quo poſterius extremum dubitationem habet, adferunt de illa forma, ſi teſtator filium, & ex eo nepotem inſtituat, de quo ſatis ſuperque circa ſeptimum exemplum vulgaris ſubſtitutionis tacitæ diſputatum eſt. 97

f III. exemplum: *Filium, & ex eo nepotem inſtituo.* Hic dubium oritur circa poſterius extremũ hui[9] diſpoſitionis: numnam hæc formula contineat vnum vel duos gradus? Cõmunis ſententia eſt, quod ita accipienda ſit hæc inſtitutio, ac ſi teſtator dixiſſet: *filiũ, deinde nepotẽ ſubſtituo.* Sunt ergo gradus duo, primus inſtitutionis, alter ſubſtitutionis vulgaris, nõ fideicommiſſariæ.

Quartum exemplum, de quo DD. controuertunt, eſt, ſi quis ita ſimpliciter ſine aliquo verbo, tractum temporis habente, diſponat: *Titium inſtituo, & Mæuium ſubſtituo.* Hanc enim formulam vulgarem ſubſtitutionem continere inter omnes conſtat. In quæſtionem autem venit: Vtrum tantum vulgarem, an vero etiam fideicommiſſariam comprehendat?

Nam *Bald. in l. humanitatis. num. 57. & 58. C. h. eod. tit.* exiſtimauit, hac formula non tantum vulgarem, ſed & fideicommiſſariam contineri. Quum enim verbum Subſtituo generale ſit, directam atque obliquam ſubſtitutionem comprehendens, generaliter ergo accipienda formula erit. Et quod multipliciter intelligi poteſt, in omnem caſum intelligi debebit, præſertim in materia ſubſtitutionum & vltimarum voluntatum, in quibus plenius voluntates teſtantium interpretamur. *l. in teſtamentis. infr. reg. iur.* Et addidit Bald. ſe hanc ſententiam veram credere.

Contrariam autem ſententiam, quod ſub præcitata formula fideicommiſſaria ſubſtitutio non contineatur, tenent DD. communiter in *l. Gallus. §. 1. ſupr. liber. & poſthum. Iaſ. poſt Bart. in l. Centurio. num. 54. verſ. tertia concluſio. infr. eod.* vbi dicit, omnes ita ſentire. *Alex. h. num. 14. Alciat. num. 65. Gomez. tomo 1. c. 3. num. 4. Trentacinqu.* qui plures citat, & hanc receptam ſcribentium opinionem eſſe dicit, in *tract. vulg. ſubſtit. c. 2. num. 7. Graſſ. §. ſubſtitutio. qu. 8. num. 8.* Et hanc ſententiam veram eſſe conſtat.

Tum (1) quod fauore hæredis inſtituti contra vim verbi receptum ſit, 98 vt verbum Subſtituo ſolam vulgarem, non fideicommiſſariam comprehendat, ne ſcilicet fideicommiſſo grauatus videatur. Ideoq; clara & certa iuris regula eſt: Semper in ſubſtitutionibus dubiis ita faciendam interpretationem, vt directa potius intelligatur ſubſtitutio, quam obliqua, dummodo perſonis & verbis eorum conueniat. *c. ſi pater. de teſtam. in 6.* & eſt caſus in *d. l. fin. C. hæred. inſtit.* vbi ſola vulgaris, non fideicõmiſſaria ſubſtitutio

con-

continetur. *gl. in l. verbis ciuilibus. vbi DD. infr. eod. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 1. num. 3. & seqq. Mascard. de probat. lib. 3. conclus. 1346. per tot.* qui plures decidendi rationes *g* ad *c. si pater.* adducunt.

Tum (2) per *l. iam hoc iure. infr. eod.* vbi ineuitabilis est textus pro hac sententia, vt dicit *Ias. loco relato.* Nam textus ibi dixit: si alter ex filiis pubes, alter impubes, hoc communi verbo (eosque inuicem substituo) sibi fuerint substituti, in vulgarem tantummodo casum (non etiam per fideicommissum) factam videri substitutionem.

Quare vt reciproca fideicommissariam ibi non continet: ita idem de vulgari dicendum. *Ias. d. l. centurio. num. 54.*

Etsi autem sub prædicta formula, fideicommissaria substitutio non continetur: tamen cæteris paribus, vbi scilicet substitutio à patre impuberi facta est, etiam pupillaris continebitur, vt clare probat *d. l. iam hoc iure.* volens reciprocam duobus impuberibus à patre hoc communi verbo (*vos inuicem substituo*) factam, in vtrumque casum factam videri. *Alciat. h. num. 65. Gomez. d. cap. 3. num. 4. Trentacinq. post plures alios d. cap. 2. num. 8. vers. & quum Baldi fundamentum.* Imo & Iustinianea continebitur, vt recte decidit *Bald. in d. l. humanitatis. num. 58.* partim propter verbi generalitatem, partim quod fauore hæredis receptum sit, vt verbum Substituo in hac nostra materia, fideicommissariam non contineat, per prædicta. *h* Ergo fauor hic in ipsius odium retorquendus non est: quod fieret vtique, si Iustinianea, quæ instituti fauorem continet, excluderetur.

g Mascar. quatuor: Manticatres rationes habet: 1. Directa dignior: 2. magis fauorabilis: 3. potentior: 4 plenior.

h *Trentacinq. d. cap. 2. num 8. vers. tertio & vltimo.* Idē *Trentacinqu.* quærit de effectu talis substitutionis pupillaris *d. cap. 2. num. 8. vers. & hæc substitutio.* De qua materia suo loco videbitur. Dicit etiam conclusionem nostram non procedere, si in substitutione adiectum sit aliquod verbum, temporis tractum denotans, vt, quia dictum fuit, *quandocunq; filius decesserit, substituo Caium.* Nam hanc formulam compendiosam esse, & proinde fideicommissariam quoq; continere substitutionem inter omnes constat, vt commodius alio loco, DEO volente, explicabitur.

99 Quintum exemplum est, quando testator duplici verbo ita vtitur, vt vnum aliquem instituto substituat vulgariter, & per fideicommissum, quo casu satis inter DD. constat, vtramque valere: & in arbitrio substituti esse, * ex qua substitutione admitti velit: Textus expressius in *l. recusare. 6. §. Titius. ibi DD. communiter infr. ad SC. Trebell. Bart. in d. l. centurio. numer. 38. prope fin. Gomez. d. cap. 3. num. 7. versic. item quæro. & num. 34. Loriot. de apicib. iur. tit. de substitut. axiom. 25. Graff. d. quæst. 8. num. 12.* & huc etiam pertinent alii duo casus, quos habet *Gomez. loco relato, num.* i *9. versic. item etiam iuxta prædicta.*

* Ergo si ex fideicō misso admitti velit substitutus, cogere potest institutum, vt adeat, vt. in casu sequēti exponitur. Adde, quæ dicuntur infra effectu 5. fallent. 4.

100 Sextum exemplum est, quando testator duplici verbo ita vtitur, vt instituto hæredi duos, vnum scilicet vulgariter, & alterum per fideicommissum substituat: quo casu de prærogatiua substitutorum quæritur. Quem subtilem & difficilem iuris articulum esse dixit *Gomez. d. c. 3. num. 8. vers. ita etiam iuxta prædicta quæro.*

Communis autem resolutio hæc *k* est: Aut substitutus vulgaris venit ex vulgari tacita, contenta sub pupillari expressa: & ille, cui restitutio facienda, semper compellere potest institutum, vt hæreditatem agnoscat. *Ita Ang. h. versic. substituere. el 2. num. 5. ibi Barth. Socin. num. 29.* qui ait, indubitanter tunc præferri fideicommissarium, & ad hoc esse casum notabilem in *l. nam quod. 14. §. si quis compulsus. infr. ad SC. Treb.* Idem sequitur *Trentacinq. de vulgari substitut. c. 8. ad fin.*

i Ibi habet duos casus, in vtroq; est duplex extremum posterius, vt, quia testator dicit, se substituere hæredi & sibi, in priori exemplo est etiam prius extremum duplex.

k Gomezius loco relato affert distinctionem, & testatur eam esse communem huius puncti resolutionem. fallitur autem, vt ex iis, quæ hic adducuntur, constare potest.

Tacita vulgaris requirit impuberis filii institutionem, & substitutionem vulgarem specialibus aut singularibus verbis factam.

Sed

Sed in *d.§. si quis compulsus.* impubes non fuit institutus, sed exhæredatus.

Ergo ibi nulla tacita vulgaris est per verba specialia, aut indiuidua.

Minorem probo: Quia textus de tali facti specie agit, vbi pro confirmatione tabularum pupillarium aditione hæreditatis testatoris opus est.

At filio impubere instituto, cui pupillaris fieri potest, nulla aditione opus est.

Ergo, &c.

Casus secundum DD. talis fingi potest: *instituo filium impuberem. & si impubes decedat, & hæres sit, substituo illi Caium: & rogo eundem filium, vt hæreditatem meam restituat Sempronio.* Filius ille non vult esse hæres. Hæc est vulgaris tacita, secundum DD. ex qua substitutus pupillaris ad hæreditatem patris venire vult. per vulgarem enim testatori succeditur. Quæritur, numnam audiendus sit? Dixit textus, fideicommissarium cogere posse institutum, vt hæreditatem patris adeat, & eam illi restituat.

Angelus & Socinus textum illum ita intelligunt, quod ibi sit tacita vulgaris substitutio. Præsupponunt ergo, filium, qui institutus à patre fuit, & pupillarem substitutum habuit, abstinuisse, & à fideicommissario compulsum fuisse, vt adiret.

Mihi hæc casus positio textui minime congruere videtur. Nam ita Iurisconsultus dixit: si quis compulsus adierit hæreditatem ex testamento, quod secundas tabulas habebat: quæsitum est, an per aditionem & tabulæ secundæ firmarentur, quod videantur euanuisse, non adita patris hæreditate? & Iulianus scribit, & sequentes tabulas confirmari. Hæc ratio dubitandi (quod tabulæ secundæ, id est, substitutio pupillaris videantur euanuisse) non conuenit illi facti speciei, si filium institutum præsupponamus. Nam constat, sui hæredis etiam abstinentis existentia, tabulas pupillares confirmari. *l. pater. in princip. infr. priuileg. credit.* Quare arbitror, textum ea de facti specie accipiendum, in qua pro confirmatione tabularum pupillarium aditione testamenti paterni opus est: puta, quia institutus est extraneus: filius autem, cui *pupillaris* substitutio facta est, exhæredatus fuit. Hæredem autem institutum testator rogauit hæreditatem suam restituere Titio. Hæres ille noluit adire, sed compulsus fuit ad aditionem à fideicommissario. Quæritur, Num illa aditione conseruetur testamentum pupillare? Videbatur, quod non. Quia euanuisse videri poterat, non adita patris hæreditate. Contrarium decidit Iurisconsultus: quod compulsa aditio eundem effectum operetur, quem aditione voluntaria.

Hic tamen intellectus ad *d.§. si quis compulsus.* tutus non videtur.

Tum (1) quod tacita vulgaris impuberis institutionem prærequirat: quæ, si facta esset, frustra IC. de tabularum pupillarium validitate dubitaret: quum sui hæredis etiam abstinentis existentia tabulas pupillares confirmet. *l. paterfamilias. 512. infr. priuileg. credit.*

Tum (2) quod IC. clare definiat in *d.§. si quis compulsus.* tabulas pupillares valere: & proinde substitutum pupillo ex pupillari expressa succedere: nullam autem de vulgari tacita quæstionem esse.

Omitto, quum hic filius impubes decesserit, casum talem, qui doctrinæ Angeli & Socini conueniat, aliter dari non posse, nisi fideicommissariam de patris hæreditate factam præsupponamus. Qualis enim hæc foret substitutio, si testator dicat: *Instituo te, & si hæres fueris, & impubes decesseris, substituo tibi Caium: & rogo te, vt hæreditatem Sempronio restituas?* Hæc parum conuenire videntur, vt hæres factus impubes moriens, in eadem hæreditate & pupillarem substitutum, & substitutum per fideicommissum habeat. Illi quidem à fortiori argumentantur: si substitutus, qui per expressam vulgarem venit, excluditur à fideicommissario, multo magis is excluditur, qui venit per tacitam. Non nego: sed quæro, qualem casum illi ad d. §. dare velint.

Aut vero substitutio vulgaris fuit expressa: puta testator instituit Caium hæredem, & rogat eum, vt hæreditatem restituat Titio: & addit, *si Caius hæres non erit, Sempronius hæres esto.* Hic quæstionis est: vter alteri præferatur: vbi ita porro subdistinguendum: Aut institutus hæres adiuit hæreditatem, & procul dubio excluditur substitutus vulgaris, & admittitur is, cui restitutio facienda est: quum per aditionem hæreditatis factam 101

vulga-

vulgaris extinguatur. *l. post aditam. C. impub. & al. substitut.* Aut non adiuit: Et si quidem decesserit in vita testatoris, vel post mortem eius, ante tamen quam ad hæreditatis aditionem ab eo, cui restitutio facienda, compellatur, tum substitutus vulgaris admittitur, modo eo in casu versemur, vt hęreditas transmitti non potuerit. Videtur *l* enim testator dedisse substitutum vulgarem isto casu tantum, quo fideicommissum non esset habiturum effectum: puta, *m* si institutus decederet ante omnem iussum iudicis de adeundo, & nulla transmissione facta. & in hoc articulo DD. conueniunt. *Imol. h. num. 7. ibi Alex. num. 27. Idem Imol. in l. patroni filius. § fin. num. 9. infr. ad SC. Trebell.*

l Ratio decidendi.

m Testator magis diligit eum, cui restitutio facienda, q̄ institutum hæredē. Quare quum institutum hæredem præferat substituto, multo magis fideicommissarium substituto prętulisse intelligitur. Hæc ratio est, cur substitutio vulgaris in subsidium facta dicatur. Hinc DD. dicunt, potentius esse ius fideicommissi, quam substitutionis. *Imola h. numer. 7.*

102 Si autem institutus superstes sit testatori, & repudiet hæreditatem, si quidem fideicommissum expresse fuerit repetitum à substituto, aut tacite, is, cui restitutio facienda est, cogere potest hæredem institutum, vt hæreditatem adeat, & ex senatusconsulto Trebelliano hæreditatem sibi restituat. *d. l. nam quod. 14.* & passim per discursum *infr. ad SC. Treb.* Præfertur ergo substituto. *Ita Bart. h. num. 25. ibi Angel. num. 5. Imol. num. 7. Alex. num. 27. Barth. Socin. num. 29. Alciat. num. 97. cum seq. Zas. nu. 30. & reliqui omnes communiter. Imol. d. l. si patroni filius. num. 9. Bened. in d. c. Raynut. verb. si absq; liberis moreretur. el 2 in materia vulgaris, num. 92. Gomez. tomo 1. c. 3. num. 8.* receptam sententiam dicit *Trentacinq. de substit. vulg. c. 8. num. 10. Graff. §. substitutio. quæst. 9. num. 9.* Nam etsi datione *n* substituti vulgaris & fideicommissi repetitione, hæredi à testatore facultas repudiandi concessa videatur: ita vt ab eo cui restitutio hæreditatis facienda est, ad hæreditatis aditionem cogi non debeat: quum ille à substituto vltro hæreditatem adeunte, hæreditatis restitutionem petere queat: Verissima tamen & receptissima sententia est: quod institutus hic cogi possit.

n Ratio dubitandi.

Tum (1) quod verba, si hæres non erit, sic intelligantur, vel alium hæredem non fecerit. Est autem fideicommissarius effectu hæres. *Alciat. h. num. 99.*

Tum (2) quod plurimum intersit eius, cui restitutio facienda, institutum potius repudiantem ad adeundum cogere, quam à substituto vltro adeunte hæreditatem petere. Nam si institutum adire cogat, totam hæreditatem sine deductione Trebellianicæ capiet. *l. ita tamen. 27. §. qui suspectam. l. nam quod. §. qui compulsus.* quæ vsque adeo vera, vt sicut adire iussus propter compulsionem quartam amittit: ita & substituti, qui loco hæredis adire iussi & ante aditionem factam mortui, surrogantur, eam amittant. *l. non iustam. 4. in finalibus verbis. ibi DD. & Bald.* dicens textum illum ad hoc mirabilem. *C. ad SC. Trebell. Vasqu. de success. resolut. lib. 2. §. 11. numer. 46.* At si fideicommissarius hæredem institutum adire non cogeret: sed substitutum vltro adeuntem expectaret: quartam vtique amitteret, quæ ex Senatusconsulto contra voluntatem defuncti à substituto detraheretur. *Alciat. h. num 98.*

103 Porro expresse fideicommissum à substituto repetitum dicitur, si testator hoc modo disponat: *Instituo Seium hæredem, & grauo, vt restituat Flacco: & si hæres non erit, substituo Valerium, quem pariter grauo, vt Flacco hæreditatem restituat. Zas. h. num. 30.* Vbi autem expressa repetitio facta non est, tacite repetitum intelligitur à substituto non modo fideicommissum particulare, *l. licet. 74. infr. legat. 1. l. cum pater. 77. §. ab instituto. infra legat. 2. & dixi supra, circa definitionem substitutionis. versic. secundo opponitur, quod secunda institutio.* sed & vniuersale, quod primum introductum fuit per

d.l.non iustam. C. *ad SC. Trebell. Vasq. de success. resolut. lib. 2. §. 11. num. 46.* qui ibi sub *num. 28.* vsq; ad *num. 50.* de sententia illius legis amplissime differit

Si autem fideicommissum neq; expresse neq; tacite à substituto repetitum sit: aliquibus videtur vulgariter substitutum illi, cui restitutio facienda est, præferri: Tum per *l. si patroni. 55. §. fin. infr. ad SC. Trebell.* inducendo textum, vt per *Trentacinq. in tract. vulgaris substitutionis, cap. 8. nu. 11. vers. nec obstat textus.* Tum quod per dationem substituti vulgaris videatur instituto concessa licentia à testatore repudiandi hæreditatem, & aperiendi viam substituto vulgari. *l. si filius hæres. 16. supr. liber. & posth. cum concord.* Ita quidem, vt in potestate eius esse videatur, repudiare & aperire viam substituto, vel adire & restituere ex fideicommisso, nisi dolo malo hoc fiat: puta, quia substitutus vulgaris sit filius instituti, ac proinde institutus hoc fine repudiat, vt hæreditatis emolumēto defraudetur is, cui fideicommissum restituendum est, illudq; sibi per filium quæritur. Ita *Bart. h. num. 25.* sequitur *Ang. num. 5. Zas. num. 30 Gomez. d. c. 3. num. 8.* 104

Verum contrariam sententiam, quod indistincte præferatur fideicommissarius substituto, siue fideicommissum tacite aut expresse à substituto repetitum sit, siue non sit, tenent *Imol. h. num. 7. Alex. nu. 27.* qui hanc veriorem esse dicunt. Eandem communem perhibent atq; receptam sententiam *Bart. Soc. h. num. 20. Ias. num. 49. Alciat. num. 96.* qui hoc addit, contrariæ opinionis propugnatores friuolis argumentis moueri. *Petr. & Cyn. in d. l. non iustam. ibi Bald. num. 5. Castr. nu. 2. DD. communiter in d. l. si patroni. ibi Dyn. Bart. ante nu. & Ang. num. 1.* sibi contrarii, reprobantes, videlicet primam lecturam glossæ ibidem super verb. actiones. & *Imol. nu. 9. Bart. in d. l. facta. §. Iulianus. ibi Castr. Benedict. in d. c. Raynut. verb. si absque liberis moreretur. el 2. in materia vulgari, num. 92. 93.* dicens hanc censeri veritatem. *DD. in suis tractat. vulg. substitut. Polit. quæst. 24. Sfort. q. 5. vers. limitatur quarto quando duobus substitutis.* communem dicens. *Trentacinq. c. 8. nu. 10.* qui hanc non modo communem & receptam, sed & veram quoq; scribentium conclusionem esse, recte pronunciat, *Graff. d. §. substitutio. q. 9. num. 9.*

Vbi institutus (inquit *Ang.*) habet substitutum vulgarem, & alium habet per fideicommissum, licet institutus hæreditatem repudiet, tamen compellitur eam adire ad petitionem fideicommissarii. textus est in *l. facta §. Iulianus. infr. eod.* Tunc enim potest aperiri via substituto vulgari, quando hæres hæreditatem repudiat, & fideicommissarius non vult eum compellere hæreditatem adire. Hæc ille. Eandem sententiam Bartolus sibi contrarius ibi amplectitur. Nam primam glossæ lecturam reprobat ibi, qua de re etiam meminit *Castr. in d. §. Iulianus.* Nota (inquit ille) casum, per quem reprobatur (à Bartolo scilicet, & aliis) vna (prima) lectura in *l. si patroni. §. fin. supr. eod.* Quia illa præsupponit, quod, si hæres habeat substitutum vulgarem, & alium per fideicommissum, si repudiet hæreditatem, deuoluatur hæreditas ad substitutum vulgarem, & excludatur fideicommissarius: quod est contra istum textum: quia hæres non potest repudiare in præiudicium fideicommissarii, & in fauorem substituti vulgaris, vt etiam est casus in *l. non iustam. C. eod.* Hæc Castrensis.

Tum (1) per textum *l. facta. 63. §. Iulianus. infr. ad SC. Trebell.* inducendo, cum, secundum primam lecturam *o* glossæ, quam *Bart.* magis notabilem esse dixit. Nam ibi testator hæredem instituit Caium, eique vulgariter substituit Sempronium: hæredem Caium iussit hæreditatem restituere Titio: substitutum iussit hæreditatē restituere Mæuio. Hic certū est à substituto fideicommissum neq; expresse, neq; tacite esse repetitum: quum hæres

o Ibi lectio Florentina ita habet: Iulianus ait, si hæres institutus Titio rogatus sit restituere: substitutus Mæuio, & institutus suspectam sibi hæreditatē esse dicat, desiderante Titio, iubendum eum adire & restituere. Quædam autem vulgata exemplaria ita legunt: *si hære. institutus, Titio rogatus sit restituere, qui substitutus est Mæuio.*

hæres alii, alii etiam sustitutus restituere iussus sit. *d.l.licet Imperator.infr.legat.1.* Et tamen IC. dixit: si institutus suspectam sibi hæreditatem esse dicat, desiderante Titio, iubendum eum adire, & alii restituere. p

Tum (2) per *d.l.non iustam.* vbi casus secundum Accursium talis est. Titius instituit fratrem & auiam hæredes: rogauit auiam, vt restitueret partem suam cuidam extraneo: puta, Caio: eidem auiæ fratrem cohæredem vulgariter substituit, quod ex verbis textus ibi deberi etiam à substitutis fideicommissum &c. clarissime liquet. Auia noluit esse hæres, sed callide repudiauit hæreditatem, vt videlicet portio ipsius ad cohæredem & nepotem suum deuolueretur, eaque Caius fraudaretur. Rescripsere Impp. illam auiam a fideicommissario cogi posse, vt hæreditatem adeat: & si ante aditionem è vita excedat, à substituto restitutionem sine quartæ deductione esse faciendam.

Clarissime ergo textus probat, substituto vulgari fideicommissarium præferendum.

Obseruandum tamen, textum, qui à DD. huc allegatur, ad nostrum casum proprie non pertinere: quum ibi non quidem expresse, sed tacite fideicommissum repetitum sit, quod clare textus ostendit. At nobis ea de facti specie disputatio proposita est, vbi neque expresse, neq; tacite fideicommissi repetitio facta fuit.

Tum (3) quod hæc sententia congruat voluntati testatoris, qui & per fideicommissum relinquit, & vulgariter substituit.

Scit enim testator, aut scire præsumitur iuris dispositionem, quod is, cui restitutio fideicommissi facienda est, cogere possit institutum ad adeundam hæreditatem. Ergo solum videtur substituisse vulgariter, eo in casu, quo nō haberet effectum fideicomissum, vt quia moreretur institutus ante aditam hæreditatem, & ante omnem iussum de adeundo, eaque in facti specie, vbi transmissioni locus non foret. Ita declarat *Imol.hic.num.7.* quem sequitur *Alex.num.27. Ang.in l.si patroni.§ fin.ibi Imol.num.9. Bened.& Trentacinq.locis relatis num.10.vers.& mouentur ad ita concludendum.*

Tum (4) quod aliter intelligendo, videretur testator fideicommissarium illusisse, qui si hæredem cogere non posset, in nostra facti specie, vbi scilicet neq; expressa neq; tacita fideicommissi repetitio à substituto facta est, nullum aduersus substitutum remedium haberet. *Alciat.h.num.97.*

Non obstat huic sententiæ Primo *d.§.fin.* quia ad illum sufficienter respondit *Trentacinq.loco relato.*

Secundo non obstat, quod testator eo ipso, dum vulgariter substituit, hæredi licentiam repudiandi dedisse videatur. Nam respondet *Bald.* q *in d.l.non iustam.* id tum verum, vbi testator tantum vulgarem substitutum dedit, & nullum fideicommissum fecit. Secus vbi fideicommissariam substitutionem fecit. Nam tunc ad ius commune respectum habuisse videtur, quod videlicet fideicommissarius facultatem habere debeat institutum cogendi, vt hæreditatem adeat, & ex Trebelliano restitutionē faciat. idem sequitur *Benedict.loco relato,num.93.Vasqu.loco relato,nu.34.cum seqq.*

p *Trentacinq* quædam cōtra hunc intellectū mouet. adducit vulgatam lectionem, & ex ea contra textus inductionē disputat. Ipse debuit vtramq; lectionē adducere. Deinde ait, q text. multos intellectus habeat, eoq; allegabilis nō sit. Ego respondeo, varios intellectus esse à varia textus lectura. Quū autem hodie Florentinam lectionē habeamus, merito illi stamus, reiecta vulgata lectione, nisi illa manifestis argumentis falsa esse conuincatur.

q Illi, cui vulgariter substituitur, intelligitur repudiandi data licentia. Fallit vt hic. Ex qua fallētia DD. hoc quoq; concludunt, si in testamento dicatur substitui vulgariter, pupillariter & per fideicommissum, prout vulgo fieri solet, quod tunc filio non videatur abstinendi licentia data, siue vnus & idem substitutus fuerit per fideicommissum & vulgariter, vt in casu præcedenti: siue vnus substituatur per fideicommissum, alius vulgariter *Trentacinq.de vulg.substit.q.14.num.11.12.* Vide inferius dicta, *effectu 5.fallen.5.*

Ex hac sententia *Bald.* quædam alia elicit Videatur & *Benedict. atque alii.* Aliqui ad hanc obiectionem respondent per inficiationem: instituto minime datam facultatem propter substitutionem repudiandi. adducunt *l. Iulianus.si quis omiss.caus.testam. Castr.d.l.non iustam.num.2.* Qua de re suo loco, DEO volente, videbitur.

Septimum exemplum est, quando testator loco posterioris extremi, 105
vsus est verbo restituendi: quem iuris punctum præ cæteris diligenter explicat *Barthol. Socin. hic. num. 14. in addit. nouissima.* vbi quatuor casus ex ordine recenset.

Aut enim testator in personam suam restituendi verbum concepit: puta, hac forma vsus fuit: *instituo te, & si hæres non eris, ego hæreditatem meam Titio restituo.* Hæc substitutio non est obliqua, sed directa & vulgaris: Quia hic non interuenit medius homo restituens: sed ipse testator per se confert immediate manu sua hæreditatem: quod nemini mirum videri debet. Nam & verbum Restituere interdum directam significationem habet, & restitutio directo fieri intelligitur: quando de restitutione non iuris, sed facti agitur, vt in *l. 3. ad fin. C. de iure deliberandi. & in l. inter omnes. 12. supr. qui satisdare cogantur.*

Restitui hæreditas proprie dicitur ex senatusconsulto Trebelliano, quando tertia persona interuenit. Hæc est restitutio iuris. Quia non tantum corpus hæreditarium, salua Trebellianica, de facto restituitur: sed cum iure hæreditario restituitur: quod ius ab hærede in eum, cui restitutio fit, transfertur. At quædam restitutio est non iuris, sed facti: vt si hæreditas ab illo occupata sit, cui id iure facere non licuit. Nam hoc casu, vero hæredi hæreditas restitui dicitur de facto: quia nil iuris ab occupatore in hæredem transfertur.

Ita etiam contingit in casu *d. l.* r *inter omnes.* vbi tamen de verbo restitutionis mentio nulla extat. Casus talis est: Institui te hæredem sub conditione, si Cæsar noster hoc anno iuerit Romam: si conditio defecerit, substituo Caium. Tu, pendente conditione, possessionem rerum hæreditariarum de iure, vel de facto adeptus fuisti: cauere ergo debes substituto, de non minuendo bona hæreditaria, & de restituendo ea ipsi in defectum conditionis. Conditio defecit: Quia Cæsar non venit Romam. Hic restitutio facienda est substituto, quæ est restitutio non iuris, sed facti. Nam nihil iuris hæreditarii ab hærede in substitutum transfertur, sed rectum ius hæreditarium à testatore in substitutum in defectum conditionis transit.

r Huius textus expositio bona extat apud Iasonem ibi. Porro de hoc textu etiam memini in tract. testamentorum, circa materiã institutionis hæredis, ad princip. vbi distinxi substitutiõnem in puram & conditionalẽ. *vers. limita tertio. Nam institutus sub conditione, &c.*

Neque refert, quibus verbis, etiam impropriis, testator vsus sit circa institutiones aut substitutiones, modo vt ea illius mentem satis declarent & exprimant. *l. quoniam indignum. 15. C. de testament. l. non aliter. 69. §. 1. infr. legat. 3.* Hæc est doctrina Baldi in *d. l. humanitatis. numer. 57. versic. mirabile dicam. C. hoc eod. tit.* in exemplari quidem substitutione circa hoc membrum loquentis, huc à DD. producta: eam namq; allegant *Barth. Socin. h. num. 14. in addit. nouissima. vers. tertius casus est. ibi Ripa num. 113. & Alciat. nu. 66. Trentacinq. de vulg. substit. d. c. 2. nu. 5. vers. tertius casus.*

Aut testator in personam hæredis instituti restituendi verbum concepit: idq; tribus modis fieri potest. 106

Primo namque hac forma testator vti potest: Instituo te, & si hæres non eris, restituas hæreditatem Caio, quem vulgariter substituo. Etsi enim verbum s (restituo) ex sua natura fideicommissarium sit. *l. cohæredi. 41. §. cum filia. infr. eod.* Tamen DD. nostri communiter hanc vulgarem substitutionem esse testantur.

s Ratio dubitandi.

Tum (1) propter apertam testatoris mentem, qui se directo & vulgariter substituere dicit: cui non modo stricta & propria verborum significatio, *d. l. non aliter. §. 1.* sed & verba ipsa omnino cedunt: ita vt ob conseruandam claram testatoris voluntatem, pro non adiectis sint. *l. si ita. 8. §. 1. infr. bon. possess. secund. tab.*

Tum (2) quod in præcitata formula, illa verba (*quem vulgariter substituo*) clarif-

clarissima & indubia: hæc autem *(restituas hæreditatem)* dubia sint: quum & proprie de restitutione iuris, adeoque oblique, & de restitutione facti accipi possint. t *d.l.3. ad fin. C. de iure deliber.* At certa iuris regula est: quando in vna oratione duæ partes sunt, altera dubia, altera vero clara: tum ex ea, quæ certa est, alteram incertam & dubiam esse interpretandam. *l. vtrum.26. ibi DD. de petit. hæredit.*

107 Deinde & illud constat, ex dispositione defuncti, verba obliqua ad directum sensum trahi posse.

Quemadmodum enim codicilli à milite facti in potestatem institutionis redigi, *u* & institutio, quæ precaria erat, directa effici potest, vbi hanc militis voluntatem esse constat: ita & institutio, quæ obliquo verbo in testamento paganico facta est, in quo paganus directo institutionem facere potest, *x* directa effici potest, vbi de pagani voluntate constat. *l. quærebatur.19. vers. quinimo etsi codicillos. ibi Bart. de milit. testam.*

t Commoda hæc interpretatio erit, si talis persona instituatur, quæ iam cũ testatore in bonorum communione & possessione sit: aut bona testatoris teneat, aut ea postea apprehendat. At extra hos casus verbũ Restituendi pro non adiecto erit.

u Quod text. *l. quærebatur* dicit per testamentum hęc fieri posse, id nõ cum sensum habet, si miles in codicillis institutionem precariam fecerit, eam postea directam facere posse in testamento. Id enim nullum dubium habet, & à pagano quoque fieri posse constat. Sed hæc sententia est: militem in testamento cauere posse, vt institutio precaria, quam in codicillis fecerat, directa sit.

x Vide quæ supra circa substitutionis diuisionem *§. sexto substitutio directa, &c.* dixi.

Hinc si tibi aliquid donauero causa mortis, cum pacto, quod non possim talem donationem reuocare: propter pactum, quod clarum & certum est, & nullum dubium habet, donatio erit inter viuos, non causa mortis. Ita autem verba *(dono causa mortis)* commode possunt exponi, id est, propter causam mortis, cui expositioni verba non refragantur. Ita *Bart. in l. vbi ita donatur.27. per illum textum, donat. caus. mort.*

Et ita circa hoc primum membrum concludit *Bart. in d. l. quærebatur. num.3.* quem sequuntur *h. Alex. num.14. Barth. Socin. num.14. in nouissima addit. vers. secundus casus. Alciat. nu.66.* qui ait: Positum ab aliis dissentientem nodum in scirpo quærere. [Communiter receptam sententiam dicunt *Mantic. de coniect. vlt. vol. lib 5. tit.1. num.9. Mascard. de probat. lib 3. conclus.1346. numer.14. vers. ampliatur secundo. Petr. Gregor. in syntagm. iur. lib.42. c.26. num.4* y *Trentacinq. in mat. vulg. d. c. 2. num.5. vers. secundus casus.*

y Vix vnquam (inquit *Pet. Greg.*) obliqua verba ad directa conuertuntur, aut perraro, & nisi incertis casib. (quos ibi remissiue tãgit) etsi vulgaris fiat, verbis obliquis, q̃ propter substitutionis naturam ad directa conuertũtur. Hæc *Petr. Greg.* ibi, qui tres quidẽ textus adducit: sed nihil probantes.

108 Secundo, hac verborum conceptione substitui potest: *Instituo te, & si hæres non eris, rogo, vt hæreditatem restituas per fideicommissum Caio.*

Hic etsi de fideicommissi z viribus tractari possit: vt dicitur *l. ille à quo. 13. § si de testamento. infr. ad SC. Trebell.* Tamen in rei veritate formula est fideicommissaria, per *l. cohæredi.41. §. cum filia. infr. eod.* Illa enim formulæ nostræ verba *(rogo, vt hæreditatem restituas per fideicommissum)* certa & clara sunt. At illa *(Si hæres* a *non eris)* dubia. Nam & proprie accipiuntur, vt in vulgari substitutione, de eo, cui nihil quicquam cum hæreditate testatoris commune est: vt, quia aut non potuit, aut noluit esse hæres: & de eo quoque intelliguntur, qui etsi ad instantiam fideicommissarii adire cogitur, pro se tamen adire noluit: *l. quia poterat 4. in princip. leg. recusare 6. §.1. l. nam quod 14. §. si quis compulsus. & §. fin. leg. cogi.16. & l. debitor.59. infr. ad SC. Trebell.* quo modo in hac formula accipiuntur: vt sententia sit, si hæreditatem meam repudiaueris & contempseris, & ad tuam vtilitatem, eam adire, atque hoc pacto mihi hæres esse nolueris: volo, vt ad alterius vtilitatem adeas, & adire cogaris, & hæreditatẽ restituas. Quo fit, vt per verba certa & clara, ea, quæ ambigua sunt, interpretationem accipiant: & proinde hæc substitutio fideicommissaria sit. Ita tradunt DD. communiter hic, *ibi Alex. num.14. Barth. Socin. num.14. in nouissima addit. vers. primus casus est.* & hanc communem dicit *Trentacinq. d. c.2. num.2.* etsi aliquibus videatur,

z Ratio dubitandi.

a Quemadmodum duobus modis quis hæres esse dicitur, cum effectu scilic. si hæreditatẽ sibi vel alii acquirat, & sine effectu, si hæreditatẽ habere nolit, sed adire cogatur, vt alii hæreditatem restituat: Ita duobus modis quis dicitur non esse hæres: 1. Quemadmodũ in vulgari substitutione accipitur, q nullo modo est hæres: 2. Qui hæreditatem habere nõ vult, sed adire cogitur, vt alii restituat: ita vt accipitur hic.

præcitatis verbis hæredem potius de restituenda post mortem hæreditate rogatum intelligi: vt sensus sit, si non eris hæres, id est, quum amplius non eris hæres: Ita *Alciat.h.nu.67.* Verum eius expositio recepta non est.

Tertio demum atque vltimo, sic disponere testator potest: *Instituo te, & si hæres non eris, volo, vt hæreditatem meam Titio restituas.* De qua formula magna inter nostros concertatio est. 109

Nam *Politus in tract. vulgar. substitut.* hanc dispositionem propter repugnantiam, omnino nullam esse contendit. Cui respondit *Trentacinq.d.c.2. num.6. vers. secunda vero opinio.* Politum autem sequitur Chifflet. *de substitut. c.12. vers. item illud videndum.*

Receptior sententia est, hanc esse formulam vulgarem: Ita tenet *Bald. in d.leg. humanitatis. num.57. Alex. h. num.14. ibi Barth. Socin. num.14. in addit. nouissima. vers. quartus & vltimus casus. Alciat. num.65. Alex. in l. verbis ciuilibus. num.7.* ibi Baldi opinionem valde notabilem esse dicit, quam ipse veriorem esse putat. *infr. eod. Gomez. d.c.3. num.4. vers. item quæro, si testator dixit. Zas. in tract. substit. c.6. & vlt. ad princ. vers. tertia regula.* vbi scribit: DD. communiter hanc formulam *b* defendere, alios tamen aliter. Ipse Baldi sententiam amplectitur. *Graff. in verb substitutio q.8. num.10.*

Ea ratione omnes mouentur, quod hæc formula dubia sit. Quemadmodum enim verba illa (*Si hæres nō eris*) in vim *c* vulgaris, & in vim *d* fideicommissariæ substitutionis accipi possunt: Ita & verbum (*restituas*) tam de restitutione iuris, quæ fit ab hærede ipsi fideicommissario, quam de restitutione facti, quæ fit directo, recte exponitur. Quare quum in dubio simus succedit nota iuris regula, quod substitutio dubia ita interpretanda sit, vt intelligatur esse vulgaris. glossa *e* ordinaria & communiter recepta in *d.l. verbis ciuilibus. c. si pater. de testam. in 6.* Verba ergo (*Si hæres non eris*) proprie & in vim vulgaris, verbum (restituas) de restitutione facti accipere oportet. Quo fit, vt totius illius formulæ (*Si hæres non eris, hæreditatem meam Titio restituas*) hæc sententia sit: si hæres esse nolis, aut non possis, detur hæreditas Titio. Et ita verba dubia in *d.l. fin. C. de hæred. instituen. f* in vulgarem impropriantur. Facit, quod vulgo dicitur: in testamentis recedi ab exquisita significatione verborum. Magis enim sensum, quam verba amplectimur. *l. in testamentis. infr. reg. iur. l.3. §. g fin. infr. adimend. legat.*

Verum præcitata ratio grauiter ab aliquibus conuellitur. Nam quod substitutio in dubio, directa potius & vulgaris quam fideicommissaria esse intelligatur, tum verum est, quando, vt textus *d.c. si pater. de testam. in 6.* expresse dixit, ei tum verbis & personis institutis directa substitutio conuenit. At verbum *h* restituendi in formula nostra restitutioni facti, & sic vulgari nullo modo conuenire, planissimum est. 110

b Id est, Non admittere, quod inualida sit propter repugnantiam.

c Id est, si nullo modo sis hæres.

d Id est, si hæres ad tuam commoditatem esse nolis.

e Est *gl. fin.* in finalibus verbis.

f Ita loquitur Zasius noster.

g Nuda etiam voluntate eaque tacita, legata & fideicommissa reuocantur.

h Necesse est, vt restitutionis verbū accipiamus, aut de restitutione iuris, aut facti. Si intelligimus eam de restitutione iuris, tum hæc est formula fideicommissariæ, quod DD. communiter negant. Si intelligimus de restitutione facti, elusoria & fatua erit formula. Quia ille, qui de facto nihil tenet, de facto nihil restituere potest.

Aut enim verba illa (*Si hæres non eris*) in vim fideicommissariæ, & ita intellexit testator: *si hæres ad tuum commodum esse nolis:* & verbum restituendi de iuris restitutione accipietur. Ita fideicommissaria substitutio erit: quod DD. communiter pernegant. Aut præcitata verba proprie accepit in vim vulgaris, quo sensu hæres hæreditatem nullo modo attingit, & fatendum, ne facti quidem restitutionem locum habituram: quum nemo de iure, aut facto id restituere possit, quod nunquam habuit, aut attigit. *l. traditio. 20. infr. de acquir. rer. domin.* atque hoc pacto post Politum, præcitatam DD. opi-

DD. opinionem refutat *Trentacinq. d. c. 2. num. 5. vers. primo argumento.* Recte ergo *Leon. in tract. vulgar. substitut. num. 51.* scribit, eos, qui hanc formulam nostram, vulgarem substitutionem esse dicunt, album pro nigro exponere. Illa enim verba *(Volo, vt hæreditatem restituas)* esse verba fideicommissorum, non autem directam dispositionem. *§. fin. Institut de sing. reb. per fideicom. relict. l. cohæredi. §. cum filia. infr. eod.* Verba autem *(Si hæres non eris)* hoc loci in vim fideicommissariæ intelligenda: & quod huius consequens est, totam formulam ita accipiendam: si ad tuum commodum hæreditatem adire, & eam cum effectu habere, atque pro te retinere nolis: tunc volo, vt eam restituas Titio, ita vt hoc casu adeas, non tamen animo retinendi, quando eam habere non vis, sed ad hunc finem, vt confirmetur testamentum, & vt postea restituas, prout in quolibet hærede grauato accidit, quia etsi hæreditatem adire & pro se habere nolit, cogitur tamen eam adire, & fideicommissario restituere, per prædicta. Atque hoc modo post *Guilbel. Cum. & Rainerium* tenet *Alber. de Rosat. ad rubr. supr. num. 25. vers. sed pone, substitutio fideicommissaria. Franc. Ripa h. nu. 113.* & hanc veriorem esse ostendunt *Leon. in tract. vulg. num. 51. & seqq. Trentacinq. d. c. 2. num. 6. vers. tertio & vltimo.* Quam posteriorem sententiam frustra momordit *Chifflet. in tract. substit. c. 12. vers. Item illud videndum.*

Formula hæc: *Instituo te, & si hæres non eris, volo, vt hæreditatem meam Titio restituas:* est fideicommissaria, non vulgaris.

Verba ergo hæc *(Si hæres non eris)* non habent sensum vulgarem, si hæres esse non possis: aut hæres esse nolis: sed fideicommissarium, talem scilicet, si hæres non eris, id est, 1. vltroneus, sed coactus: 2. non cum effectu, sed nominetenus: 3. non ad tuum, sed ad alienum commodum.

Politus autem existimat, formulam hanc prorsus ociosam esse: & neque vt vulgarem, neque vt fideicommissariam valere: quem & Chiffletius sequitur. Eius verba hæc sunt: Non valet (inquit ille) hæc formula: ne quidem per fideicommissum. Non enim possumus hanc licentiam vsurpare, vt verba illa, si hæres non eris, ad casum improprium referamus. Et qui putant verba illa trahenda esse ad eum casum, quo quis cogitur à Prætore adire, & restituere, & quo eueniente, hæres nomine tantum talis est: quum reuera & in effectu hæres non sit, perspicue falluntur. Quia si hæc sententia vera esset, idem operarentur verba illa testatoris, (Si hæres eris, volo hæreditatem meam restituas.) Nam non adita hæreditate, cogetur nihilominus, & ad restituendum impelletur. Hæc ille.

Duo, nisi fallor, argumenta proponit.

I.

Verba ad improprium sensum trahenda non sunt.

Ergo verborum (Si hæres non eris) fideicommissarius sensus esse nequit.

Respond. Hoc argumentum cum aperto iure pugnare constat. Nam in testamentis non est descendendum ad definitionem, id est, ad strictam verborum significationem. Quin potius in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur.

II.

Contrariarum propositionum contrarius sensus est. Hæ propositiones: *si hæres eris, hæreditatem restituas Caio: & si hæres non eris, hæreditatem restituas Caio:* sunt propositiones contrariæ.

Ergo harum propositionum non potest eadem esse sententia.

Esset autem eadem sententia, si verba præcitata *(Si non eris hæres)* sensum fideicommissarium haberent.

Resp. esse fallaciam cõsequentis. Nam etsi verba hæc *(Si hæres non eris)* sensum fideicommissarium habeant: tamen proinde non sequitur, prorsus eandem horum & verborum affirmatiuorum perpetuo sententiam esse. Nam verba negatiua in sensu fideicommissario, 1. coactum, 2. & talem hæredem insinuant, qui nomine tantum hæres sit, 3. ad commodum alienum, 4. & ne Trebellianicam quidem deducat. At affirmatiuorum alia sententia est.

Deinde respondeo ad minorem: verba negatiua & affirmatiua esse inter se contraria, si stricte & proprie accipiantur: aliud est, quando verba negatiua fideicommissarium sensum habent.

Octauum exemplum est, de hac formula: *si nauis ex Asia venerit, Seius hæres esto: si nauis ex Asia non venerit, Caius hæres esto:* & de pluribus similibus formis, in quibus dubium incidere solet, sintne institutiones, an substitutiones. 111

Si testator ita clare esset locutus: *Caium substituo:* & sic posterius extremum diserte expressisset: nulla dubitatio foret. Nunc quando dixit *(hæres esto)* dubitatio oritur propter posterius extremum: sitne hæc formula institutio, an substitutio. De qua disputant *DD. in princ. Institut. vulg. substitut.* Vtilitas quæstionis est. Nam si ambo instituti sunt, ambo bonorum possessionem secundum tab. recte petunt: & petitio illi proderit, cuius conditio extiterit. *l. 2. §. sub conditione. & §. deserti. & l. si sub conditione. inf. bon. poss. secund. tab.* Si vero dicimus Seium institutum, ille solus bon. possess. petet, per *l. quamdiu. la 1. & 2. infr. acquiren. hared. Trentacinq. d. c. 2. num. 10.*

Etsi autem DD. existimarint, *i* in formula præcitata Caium substitutum non esse, ea ratione quod substitutio sine institutione subsistere nequeat, per textum nostrum *hic ad fin.* & institutio conditionalis ante euentum conditionis in pendenti sit: quemadmodum ad tit. de testam. supra in materia institutionis ad princ. vers. Porro institutio conditionalis &c. annotatum est. Vt proinde, antequam existat, institutio non dicatur: *k* & per consequens, ne substitutio quidem dici possit, quam defendunt DD. *in princ. ibi Vigl. nu. 6.* communem dicens. *Institut. eod. tit. de vulg. substit. Menoch. de præsumpt. lib. 4. tom. 1. præsumpt. 17. num. 4. vers. tertius casus.* Veritas tamen in contrarium stat, pro qua adducunt textum *l. si te solum. 27 supr tit. præced.* ex quo liquido constat, si te sub conditione *l* instituero, & in defectum conditionis, alium hæredem scripsero, hunc substitutum dici, & ad substitutionem sufficere, si vel conditionalis institutio præcedat. Et hanc recte post alios defendit *Trentacinq. d. c. 2. num. 10.* Porro de aliis similibus formis videatur *Politus in tract. substit. vulg. num. 25. & seq. & Menoch. d. præsumpt. 17. per tot. Trentacinq. d. c.* m *2. num. 10.*

i Alia etiam sunt hui⁹ dogmatis fundamēta, quæ refert & resoluit *Trentacinq. d. cap. 2. num.* 10.

k κυρίως, id est, quo ad hoc, vt iure ciuili hæreditas adiri possit, quanquam bonorum possessio eo modo peti possit, vt loco relato, *vers. limita tertio. Nā institutus, &c.* annotatum est. Vnde apparet, conditionalem institutionem nō prorsus nullam esse. Præterea, etsi primus gradus institutionis nullus sit: tamen substitutio valet, per text. *in l. 3. §. fin. supr. liber. & posthum.*

l Sic te instituo sub conditione, puta, si Cæsar ad nos veniat hoc anno: & in defectu conditionis, Caium hæredem facio: nullum dubium est, quin hic Caius in tuum locum surrogetur. At vbi surrogatio, ibi substitutio.

m De Polito etiam mentionem facit *Mantic. de coniect. vlt. volunt. libr. 5. tit. 1. num. 1.* sed nihil habet. tantum Politi doctrinam refert. Si ad Menochii doctrinam adiunxerimus Trentacinquii animaduersionem, ea, quæ per DD. de exemplis huc pertinentibus disputantur, satis plene habebimus.

QVÆSTIO QVARTA.

Quarta quæstio continet effectus vulgaris substitutionis. Recitat autem *Bart. h. numer. 18.* effectus quinque: alii sextum addunt. *Zas. in tract. vulg. substitut.* septem numerat: sed res in idem recidit. 112

Primus effectus deducitur à verborum (*Si hæres non erit*) interpretatione. Hunc effectum diuidunt DD. in membra duo: Primum est, *si hæres non erit:* Alterum *si alium hæredem non fecerit.* Vtriusque membri peculiares sunt quæstiones, vt videbimus. Circa membrum secundum hæ tractari solent quæstiones. 1. An transmissarius excludat substitutum? 2. An filio repudiante, pater præferatur substituto? 3. An patre repudiante, filius admittatur? 4. An Monacho repudiante, Monasterium excludat substitutum? 5. An instituto indigno, fiscus præferatur substituto? 6. An instituto repudiante, substitutus præferatur fideicommissario? 7. An institutus & substitutus aliquo casu concurrant? Hæ quæstiones examinantur per *Bart. & DD. hic. & per DD. in suis tractatibus.*

Secundus effectus est, quod testamentum potest assumere effectum à secundo gradu.

Tertius,

Tertius, quod vulgaris substitutio expressa contineat pupillarem tacitam.
Quartus, quod per vulgarem substitutionem succedatur defuncto.
Quintus, quod substitutio vulgaris de suo hærede faciat voluntarium.
Hos effectus habet *Bart. h.*
Sextus effectus est, quod vulgaris substitutio excludat ius accrescendi.

Hisce ita expositis, veniamus nunc ad effectus substitutionis vulgaris. Proponit autem *Bart. hic.* effectus quinque sub *numer. 18.* quem sequuntur *Imol. num. 5. vsque 10. Alex. num. 15. vsque 40. Alciat. num. 68. Rolandin. de testam. part. 1. rubr. 33. num. 14. cum seq.* Alii sextum addunt, vt *Angel. h. verb. substituere. el 2. num. 4. ibi Barth. Socin. num. 15. Rip. num. 158. Zas. num. 23. Benedict. d. verb. si absque liberis moreretur. in mat. vulgar. num. 44. & DD. in suis tract. vulg. subst. Sfort. qu. 5. per tot. Leon. num. 140. Trentacinq. cap. 4. vsque 15. inclusiue. Gomez tomo 1. c. 3. num. 26. 27. Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib. 3. interpr. 2. dub. 1. fol. 5. num. 53. vsq. 60.* vbi alios duos effectus accumulat.

Primus effectus est, quod substitutus vulgaris tum ad hæreditatem admittitur: quando conditio vulgaris substitutionis extitit.

Secundus est, quod testamentum à secundo gradu vires assumit.

Tertius, quod expressa vulgaris continet sub se pupillarem tacitam.

Quartus, quod per vulgarem succeditur testatori, non illi, cui substitutio facta fuit.

Quintus, quod substitutio hæc de suo & necessario hærede voluntarium facit.

Sextus, quod per vulgarem impeditur ius accrescendi. *Bart. & DD. locis relatis,* quibus addantur alii duo relati per *Sim. de Prat. loco præcitato.*

PRIMVS EFFECTVS vulgaris substitutionis.

113 Quum ergo substitutus vulgaris tunc solummodo admittatur, si conditio substitutionis extiterit: & per consequens, nunquam illi locus fiat, donec institutus adire potest: *l. quamdiu. 3. l. quamdiu. 68. infr. acquir. hæred.* Hinc accidit, vt interpretatio illorum verborum (si hæres non eris) ad effectum vulgaris substitutionis pertinere iudicetur. *DD. h. ibi Duar. sub rubr. de effectu substitutionis vulgaris, vers. cæpimus ostendere, quam vim habeant.*

Etsi autem multiplex horum verborum interpretatio in quæstione præcedente proposita est: Tamen DD. quando de effectu vulgaris substitutionis disserunt, illa vel ad personam hæredis instituti, vel ad eos referunt, qui ex instituti hæredis persona succedere possunt. Qui autem hoc pacto per alios ad successionem admittuntur, in quadruplici sunt differentia. Aut enim seruus alienus institutus est, & is facit dominum hæredem: aut filiusfamilias instituitur ab aliquo extraneo, & hæredem patrem facit: aut hæres institutus, non adita hæreditate, mortuus, transmittit ius deliberandi ad hæredes suos: aut ex delicto hæres indignus redditur, & fisco locum facit.

Est ergo horum verborum sententia: si hæres non erit: id est, si vel ipse hæres non erit, vel alium hæredem non fecerit. *§ fin. Inst. eod. tit. de vulg. subst. l. si paterfam. 40. sup. tit. præced. l. 3. C. eod. Bart. & reliqui omnes hic locis præcit. DD. in suis tract. locis relatis. ibid. Zas. vers. tertius effectus.* Hinc fit, vt DD. primum effectum vulgaris substitutionis, maioris perspicuitatis causa, in duo membra distinguant, quorum prius personam hæredis instituti, posterius eos, qui ex instituti persona succedere possunt, comprehendit.

Porro

Porro ad prius membrum quod attinet, vt conditio vulgaris substitutionis (*Si hæres non erit*) quo ad institutum extitisse dicatur, minime sufficit, vt is ostendatur non esse hæres de præsenti, id est, quod hæreditatem non adierit. Neq; enim, si institutus hæreditatem nondum adierit, aut taceat, dicendum erit ad substitutum hæreditatem pertinere, sed requiritur, vt perfecte constet de non existentia hæredis, *n* id est, necesse est, vt institutus iure communi & ordinario per repudiationem, vel alio modo, omnino exclusus sit, & plane desierit esse posse hæres: *Gou. lib. 2. c. 25. Mascard. de probat. lib. 2. concl. 853. & concl. seq. Trentacinq. de substit. vulg. c. 4. num. 11. vers. tertia & vltima. Graff. §. bonorum possessio. q. 14.* vsque adeo, vt omnis spes illius instituti hæredis secundum ius commune cesset. Nā quamdiu prior hæres institutus hęreditatem ex testamento adire potest, id est, iure communi & ordinario, substitutus non potest. *d. l. quamdiu. 3. ibi Bart. & reliqui. Bart. hic. num. 19. ibi Bart. Socin. num. 15. & Ias. num. 34.* dicens cum Bartolo omnes tenere. *Zas. num. 28. 29. & Duaren. loco relato, versic. hac igitur verba, (si hæres non erit) interpret. Sim. de Prat. dict. solut. 5. num. 53 Sfort. d. quæst. 5. versic. primus effectus est. Trentacinq. d. cap. 4. num. 1.* Vnde sequitur, necesse omnino fore, vt iure communi plane non possit esse hæres: puta, quia lapsum sit tempus adeundi eam, vel aliter caput impotentiæ verificetur, vel quia repudiauerit omni iure, scilicet prætorio & ciuili, venire *o* ex testamento. Nam si repudiarit solummodo remedium ciuile, substitutus non admittitur: quum ille venire possit ad successionem per remedium prætorium & agnoscere bonor. possess. Idem econtra in hærede dicendum, qui remedium prætorium, id est, bonorum possessionem omisit. Nam substitutus non admittitur: quum is idem hæres adire possit iure ciuili ex testamento hæreditatem, *l. suum. 13. C. iure deliber.* vsq; ad 30. annos. *l. licet. 8. C. eod.* Et hanc sententiam receptissimam esse, ostendit *Guilhelm. Benedict. d. verb. si absque liberis moreretur. in materia vulgaris, num. 45. Graff. §. bonorum possessio. qu. 14. per tot. & §. substitutio. qu. 9. num. 2.* 114

n Ita nostri loquūtur. Is non est hæres, qui non potest, aut nō vult esse hæres. Verum quid repudiatio ab abstentione differat, & quot modis repudiatio fiat, & nū is repudiasse intelligatur, qui dicit, se nolle esse hæredē, docent *Gouean. Mascard. Trentacinq.* locis hic relatis.

o Vide, quæ notaui *infr. qu. 5.* ad regulā: Quod adita hæreditate, vulgaris tollatur, *ampliat. 4.*

Doctores ex *l. si paterfamilias. supr. tit. præcedent. & ex iuribus concordant.* verba, *si hæres non erit*, aut potius primum effectum, diuidunt in membra duo: quorum prius personam instituti, posterius eos, qui ex persona instituti succedere possunt, concernit. Est enim hæc sententia verborum, si neque ipse hæres sit, neque alium fecerit hæredem.

Ad prius membrum quod attinet (si scilicet institutus per se hæres non sit) certa est verborum sententia, si institutus hæres sit, substitutum excludi.

Porro vt hæres, quo ad exclusionem substituti esse dicatur, requiritur I. vt sit hæres ex testamento. Nam si ab intestato hæres esse reperiatur, locum faciet substituto *l. 3. C. impub. & aliis substitut. l. filium emancipatum. infr. acquir. hæred.*

Quum hoc fine substitutio vulgaris introducta sit, ne testator intestatus decedat: & clari etiam iuris sit, causam testati excludere causam intestati.

II. Requiritur, non modo institutum hæredem hæreditatem integraliter adire, vel totam, vel illam partem, in qua institutus est. Neq; enim, qui institutus in tota hæreditate fuit, audietur, si partem hæreditatis amplecti, & in ea substitutum excludere, in residuo autem hærereditatis, substituto locum facere velit. Quam materiam attigi supra qu. 2. circa regulam: quod vnus casus vulgaris substitutionis trahatur ad alterum: fallen. 6. & plenius explicabo, DEO volente, infra in hac quæstione 4. effectu primo §. Sexto, cum verba vulgaris substitutionis: vers. limita 4.

Hæres autem excluditur, & substituto locus est, si substitutionis conditio existat.

Extitisse autem conditio dicetur, si & 1. de præsenti hæreditatem hæres institutus non adierit: 2. & pro tempore futuro, iure communi & ordinario perpetuo, & ita exclusus sit, vt nulla spes extet, quod iure communi, ciuili, aut prætorio ad successionem venire possit.

115 Quod si hæres institutus iure communi & ordinario plane exclusus sit, substituto statim locus est, neque spes illa in considerationem venit, quæ ex iure speciali, aut extraordinario descendit. *Bart. in d. l. quamdiu. la 1. ibi reliqui. Bart. hic. num. 18. & 19. ibi Alex. num. 15. Barth. Socin. num. 15. Ias. num. 34. Alciat. num. 69. Zas. nu. 28. 29. Duar. ad tit. n. hic loco relato. Rolandin. d. rubr. 23. num. 14. Gomez. d. c. 3. num. 14. Bened. loco relato num. 62. Sfort. d. q. 5. vers. primus effectus. Trentacinq. d. c. 4. num. 1.*

Hinc infertur 1. etsi minor, qui hæreditatem sibi delatam repudiauit, in integrum restitui possit. *l. quod si minor. 25. §. Scæuola. supr. minorib.* Quum tamen restitutio in integrum non commune, sed extraordinarium iuris auxilium sit. *l. in causa. 17. supr. de minorib. Bart. Alex. Ias. l. in prouinciali, infr. nou. oper. nunciat.* Huius auxilii antequam impetratum sit, nullam in iure haberi rationem: cui consequens est, vt, minore repudiante, statim substituto locus fiat: etsi minor postea restitui possit. *l. ait Prætor.* p *§. sed quod Papinianus. supr. minorib. Ita Bart. d. l. quamdiu. Bart. & reliqui hic. & alii in locis iam relatis.* Et hanc sententiam communem *Trentacinq. d. c. 4 num. 2.* receptam atque veriorem esse *Duaren. vbi supr.* & ab omnibus teneri *Ias. hic. numer. 34. & Sfort. loco præcitato* dixere.

Tum (1) quod restitutionis in integrum beneficium in solo officio iudicis consistat, non in ipsius partis iure. *l. 7.* q *in fin. infr. except. l. fin.* r *in fin. ibi gloss. supr. condict. indeb.* Et ideo antequam concessum sit, s in nulla est consideratione. *l. 4. §. 1.* t *infr. fideicommiss. liber.* nec moram alteri, aut præiudicium facere poterit. Non ergo hic spectamus, quod contra ius ciuile euenire potest extraordinario auxilio. *Ias. h. num. 34. ibi Alciat. numer. 70. Duaren. loco relato.*

p In vulgatis exemplaribus, textus hic est sub *l. 8.* quæ incipit, *etsi sine.* Sed in pandectis Florentinis coniungitur cũ *l. 7.* Ceterum thema §. nostri perspicue enarrat Duaren. loco relato. Addatur *Sfort. de restitut. in integr. part. 2. quæst. 62. art. 8. nu. 97. 98. 100. Gouean. lect. var. iur. ciuil. libr. 2. cap. 13.*

q Exceptio, quæ datur minori 25 annis circumscripto, etiam competit fideiussori. Si autem non sit ab alio circumscriptus, sed deceptus in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit: nec fideiussori danda est exceptio.

r Ibi textus est, id quod per in integrum restitutionem quis posset consequi, ea nondum petita & obtenta, in compensatione deduci non posse.

s Vide declarationes apud *Alciat. hic.*

t Si ex testamento hæreditas non adeatur eius, qui libertates reliquit, ii, qui libertatem acceperunt, ex constitutione *D. Marci* petere possunt sibi bona addici libertatum conseruandarum causa. *tot. tit. Instit. de eo, cui libert. caus. bona addic.* Imo etsi quis ab intestato decesserit, & codicillis dederit libertatem, neque sit adita hæreditas ab intestato: tamen fauor constitutionis *D. Marci* locum habere debet. Ergo quamdiu incertum est, vtrum existat successor (id est, ab intestato) cessabit constitutio: quum certum esse cœperit (id est, neminẽ existere posse hæredem) tum erit constitutioni locus. Iuxta hæc mouet quæstionem Iureconsultus: Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuerit se hæreditate, an quamdiu potest in integrum restitui, existimamus constitutionem cessare (id est, *D. Marci*) vt interim bona non addicantur illis, quibus libertas est relicta.) Quia non est certum ab intestato neminem successorem extare. (Hæc ratio dubitandi.) Est tamen verius, admittendam constitutionem. *l. 1. 2. 3. infr. fideicomm. libert.* Vnde patet, restitutionem addictioni bonorum non obstare.

Tum (2) quod substitutus vulgaris veniat de iure communi: quum interim spes restitutionis descendat ex iure speciali. At fortius id vinculum est, quod habet fundamentum iuris communis, quã quod procedit ex iure speciali. Atque hinc DD. nostri locis relatis tradunt: spem illam, quæ venit per modum priuilegii, ab initio non considerari. *d. l. 4. §. 1. Bart. hic. numer. 19. ibi Barth. Socin. Ias. Zas. & alii locis relatis.*

Tum (3) quod reputetur quasi impossibile illud, quod iure communi aut communiter obtineri nequit. *d. l. 4. §. 1. l. quum seruus. 39. §.* u *fin. infr. legat. 1.* Ergo repudiatione semel ab hærede facta, minime expectatur ius speciale gratiosum, seu dispensatiuum, scilicet, vt hæres institutus, qui semel repudiauit, iterum restituatur. *d. §. sed quod Papinianus. d. §. Scæuola. Benedict. loco relato, num. 62.*

Infer-

u In vulgatis codicibus textus ita incipit: *idẽ Iulianus.* & est *l. 41.* In pãdect. Florentinis tres leges, quæ in vulgatis libris distinctæ sunt: puta, *l. cum seruus. l. apud Iulianum. l. idem Iulianus.* iunguntur. Sicut autẽ textus hic res, quæ plane in commercio non sunt, iis æquiparat, quæ communiter haberi non possunt: Ita & ea, quæ plane fieri non possunt, aut certe communiter, aut communi iure fieri nequeunt, comparantur.

Infertur 2. vt substitutus admittatur, etsi spes sit, quod ille qui abstinuit ab hæreditate paterna, reuocare possit abstinentiam, & restitui ipso iure, vt contingit in *l. fin. C. repudian. hæredit.* vbi suus hæres, qui paternam recusauerit hæreditatem, etiam absque beneficio prætoris viui cum distinctione, & intra tempus ibi expressum abstensionem reuocare potest, ita vt ipso iure illi restitutio concedatur. Quod si suus, qui abstinuit, substitutum vulgarem habeat, ille admittetur, durante tempore, intra quod suo hæredi ipso iure abstensionem reuocare licet, quemadmodum substituto locus est, durante illo tempore restitutionis in integrum, quæ per prætorem concedi solet. Ita tradit *Bart. d. l. quamdiu. Bart. & DD. h. Rol. Gomez. Bened. Sfort. Trentacinq. locis supra relatis.* non obstante diuersitatis ratione, quæ inter priorem illam restitutionem, & hanc quæ ipso iure fieri solet, adferri potest. *Trentacinq.* x *d. c. 4. num. 6.* 116

x Ille hunc scrupulum remouet.

Tum (1) quod hæc spes veniat per modum priuilegii, eoque substituto venienti de iure communi obstare non debeat. *DD. locis relatis. Trentacinq. d. c. 4. num. 6. vers. altera opinio.*

Tum (2) quod hoc legis beneficium officio iudicis surrogetur, *Alciat. h. nu. 73.* Et hanc opinionem pluribus placere *Alciat. ibid. num. 77.* testatur.

Si institutus exclusus sit iure communi, & ordinario substituto locus est: neque curamus, quod institutus iure speciali & extraordinario, per restitutionem, scilicet in integrum, aut ex beneficio *l. fin. C. repud. hæred.* ad hæreditatem, quam repudiauit aut abdicauit, redire potest. Vbi obseruandum, extraneum, qui hæreditatem repudiauit, ad illam nunquam admitti. Quia non est ferendus, qui amplecti illud desiderat, cui semel renunciandum putauit. *l. si quis. supr. rebus cred.* Nisi à principe vel tanquam minor ex iusta causa restituatur. Si vero hæres, qui abstinuit, sit de suis: tunc rebus alienatis, minori per beneficium restitutionis in integrum succurritur: rebus autem non alienatis, ipso iure illi succursum est, & succurritur vsque ad triennium, quod minori currit post XXIX. ætatis annum *dict. l. fin.* Hanc enim distinctionem in *dict. l. fin.* proponi constat. Porro quemadmodum pendente tempore restitutionis in integrum, substitutus admittitur: ita idem est pendente illo tempore, in quo substituto ipso iure succurritur. Et hoc est, quod *Bart. in dict. l. quamdiu. la 1.* dixit: decisionem illius textus: quod scilicet ex secundo gradu non succedatur, quamdiu ex primo hæreditas adiri potest: procedere, quamdiu primus possit adire iure communi. Si enim possit adire per restitutionem in integrum, tunc substitutum admitti, siue sit restitutio, quæ conceditur per prætorem viuentem, vt *l. 4. §. 1. infr. fideicomm. libert.* siue sit restitutio, quæ conceditur ipso iure. *l. fin. C. repud. hæred.*

* *Benedict. loco relato, nu. 63.* Sane tamen intelligatis, quod durante illo termino, substitutus admittetur in casib. in quib. per dationē substituitur vulgaris, non tollitur existentia suitatis. & ratio est, quia *d. l. fin.* locum non habet, nisi in suo hærede. Et quantum ad effectum illius legis, non est hodie sublata differētia emancipationis & patriæ potestatis, vt ibi concludunt omnes DD.

y Quod scil. vulgaris tollat suitatem.

Etsi autem *dict. l. fin.* in suo loquatur, ita vt illius decisio prorsus cessare videatur, si hæredi suo substitutio vulgaris * detur: quum ex communi DD. sententia per vulgarem substitutionem suitas tollatur: & proinde filius, qui semel abstinuit, ex prouisione *d. l. fin.* amplius pœnitere non possit. Cui porro consequens est, vt præcitata illa Bartoli doctrina de substituto vulgari, pendente termino & beneficio *dict. l. fin.* admittendo, non aliter obtineat, nisi in casibus, in quibus per substitutionem vulgarem suitas non tollitur, enumeratis per *Vasqu. de success. creat. lib. 3. §. 21. num. 189. cum mult. seq.* vt sensere hic *Alex. nu. 15. ibi Barth. Soc. num. 15. & reliqui. Bened. d. verb. si absque liberis moreretur. in materia vulgaris, num. 63. Trentacinq. d. c. 4. numer. 4. & seqq.* Multis tamen placuit, Bartoli doctrinam indistincte veram esse: siue quod verior sententia sit, per substitutionem vulgarem suitatis iura non tolli: *Alciat. h. num. 76.* De qua re, suo loco, Deo volente, differemus: siue quod, admissa communi sententia, *y* ea tamen nihil obesset, quum in dependentibus ex testamento non procedat *l. cum hæreditate.* 117

ditate.55.infr.acquir.hæred.Vasq.d.§.21.num.187. qui hanc post alios communem dicit.

118 Porro num suus ad reuocationem abstensionis suæ admittatur, intra terminum *d.l.fin.* ζ postquam substitutus hæreditatem adiit, & quo pacto is textus, minorem ad restitutionem admittens, etiam vbi res integra esse desiit, cum *d.l.quod si minor.§.Scæuola.* conueniat, quæ distracta iam hæreditate, & negociis finitis, minorem ad restitutionem non admittit, declarat post alios *Alciat. h.num.73.& seq. ibidem Duaren. loco relato. Couarru. lib.1. var. resolut.cap.5.num.7. Benedict.repet.cap. Raynut. verb. mortuo itaque testatore. el 2. num.139. extr. testam. Menoch.remedio recuperandæ.15. quæst.14. num.114. Sfort. in tract. de restitut.part.2. qu.63.art.2.per tot. Francisc.de Caldas ad l. si curatorem. verb.læsis num.47.cum multis seqq. C.in integr.restit.minor. Trentacinq.d.c.4.numer.8.vsque ad num.11. Graff.§.suitas.q.10.num.2.*

Hæc sententia plana est, quod postquam substitutus adiit, suus abstensionem reuocare possit: eamque satis explicant *Alciat.& Trentacinqu.* Sed de concordia *d.l.fin. & d.§.Scæuola.* res non satis est expedita. *Gloss.in d.§.Scæuola.* solutiones adfert plures. Prima solutio glossæ est, quod *d.§.Scæuola.* loquatur in extraneo: *l.fin.* in suo. Hanc, relatis & explosis aliorum opinionibus, defendit *Francisc.de Cald.loco relato.* Quæ conciliatio satis materiæ nostræ congruit. Secundam & tertiam conciliationem non reperio à nostris esse probatam. Quarta est, quod in *d.§.Scæuola.* proponatur ius vetus, quod Iustinianus correxerit in *d.l.fin.* Hanc sententiam defendit *Duaren.loco relato.* Quam tamen alii reiiciunt, vt dicit *Franciscus de Caldas loco relato.* Quintam etiam non reperio esse approbatam. Sexta conciliatio est, quod in *d.§.Scæuola.* bona sint distracta à substituto: in *d.l.fin.* à creditoribus.

Hæc solutio est communiter approbata, vt testatur *Sfort.dict.art.2.num.14.* imo magis communiter, vt dicit *Trentacinqu.d.cap.4.num.10.* vbi hanc probat, & rationes duas diuersitatis, quemadmodum & *Sfortia* inter substitutum & creditores adfert: sed non intelligit ille, se vna manu ædificare, altera destruere. Si enim textus *d.l.fin.* non de substituto, qui alienauit, sed de creditoribus accipiendus est, nihil ergo ad materiam hanc nostram pertinebit. Septima solutio est, in qua Glossator acquiescere videtur, quod in *d.§.Scæuola.* hæres certabat de lucro captando, in *l.fin.* de damno euitando. Quam sequitur *Couarru.* & explicat *Sfort.dict.art.2.num.18.* vbi plures in id citat. *Francisc.de Cald. vbi supra num.47.* qui tamen hanc sententiam damnat: & alium sensum præceptoris sui, vltra glossæ intellectus refert, & ipsum quoque reiicit. Mihi conciliatio *Francisci de Caldas* non displicet.

119 Secundum membrum huius effectus primi ad eos pertinet, qui ex instituti hæredis persona succedere possunt.

Quum enim verborum (*si hæres non erit*) hæc sententia sit: si neq; ipse hæres erit, neq; alium hæredem fecerit: consequens modis omnibus est, quoties institutus alium hæredem facit, substitutum excludi, etsi ipse hæres non sit. Vnde *Bart.& DD.* multas insignes iuris theoricas deducunt.

Hinc enim infertur 1. quum hæreditas non adita in tribus casib. transmittatur, *d* ratione sc.suitatis, *l.apud hostes.8.C.suis & legitimis hæred.* sanguinis, *l.vnic. C. his qui ante apert.tab.* & iuris deliberandi. *l.cum in antiquiorib. 19. C.de iur.deliber.Ias.hic.n.36.Alciat.nu.78.Duaren.ad tit.n.hic, loco relato.vers.superioribus locis disseruimus. Zas.in tract.vulg.substitut. §.tertius effectus. vers.in tertio casu. Gomez. latissime tom.1.cap 9.num.6.& seqq. Loriot.de apicib.iur.tit.de substitut.axiom.21.* In omnibus hisce casibus hæredem transmissarium excludere illum, qui instituto hæredi vulgariter *e* substitutus est.

ζ Requisita, vt *d.l.fin.* locū habeat, ponit *Bened.c. Raynutius.verb.mortuo itaque testatore. el 2. nu.128.cum seqq.extr.de testamen.* vbi limitationes nouem ad d. textum adfert. Vide & *Iasonē*, ibi textum illum multis modis limitantem, & adde alios, quos refert *Petr. Aduenn. reg.347. incip.* filius vsq; ad triennium, &c.

d Ego te instituo hęredem: substituo tibi Caium: Tu intra annum deliberandi decedis, relicto filio: substitutus vult admitti ad successionē. Quum tu nō fueris hæres, filius tuus sese opponit substituto, & dicit, horum verborum, *si hæres non erit*, hanc sententiam esse, si neq; ipse hæres erit, neq; alium hæredem fecerit. Te a. mortuum intra ius deliberandi, transmisisse ius tuum. Quæritur, quid iuris? Respon. Transmissarii potior conditio. De materia a. transmissionis vide *Gulh.Bened.in rep.c.Raynutius.verb.mortuo itaq; testatore. el 2.num.101.cum mult.seqq.extr.de testam.*

e Adde quę dixi inf. *effectu 5.fallen.15.*

Et quanquam *Ang. hic. numer.4.* contrariam ſententiam tueatur, pro 120
qua octo fundamenta adfert *Salycet. in l. cum in antiquioribus. num.7. C. de iure deliberandi.* multiſque viſum ſit, hanc Angeli contrariam opinionem in transmiſſione, quæ fit ex potentia ſuitatis, non modo communem, & magis communem, *Franciſ. Ripa hic. num.130. Sfort. in tract. vulgar. ſubſtit. qu.5. §. primus effectus. verſic. quando tranſmittit ex potentia ſuitatis. Trentacinq. cap.5. num.14.15. verſic. aut ſumus in caſu. Graſſ. d. §. ſubſtitutio. quæſt.9. num.3.* ſed & veriorem eſſe: quum ex communi DD. ſententia, per vulgarem ſubſtitutionem ſuitas tollatur: Vt proinde iſto caſu, vbi vulgaris ſubſtitutus adeſt, vigore *f* ſuitatis ſublatæ, nulla tranſmiſſio fieri poſſit: tantum abeſt, vt per tranſmiſſionem vulgaris ſubſtitutus excludi queat: Priorem tamen ſententiam, quod tranſmiſſarius ſubſtitutum *g* non modo in ea tranſmiſſionis ſpecie, quæ ratione ſanguinis ex *d. l. vnic.* aut ratione iuris deliberandi fieri ſolet, præcedat, (in quo DD. communiter & magis communiter conuenire inter omnes conſtat. *Sfort. d. q.5. verſ. limitatur ſecundo. Graſſ. d. q.9. numer.9)* ſed & in tranſmiſſione ratione ſuitatis, indiſtincte excludat, tenent *Bart. h. nu.20.* prout eius ſententiam exponit *Iaſ. hic. nu 35. cum ſeq. Alex. nu.* h *16. vſq. 20.* vbi Bartoli opinionem veriorem eſſe ait: *Barth Socin. num.17.* qui hanc communem & magis communem eſſe teſtatur, & plures alios iuris DD. adducit. *Iaſ. num. 41.* dicens Bartoli opinionem communem & tenendam. *Alciat. num.78.* hanc receptiorem appellans. *Duaren. ad tit. n. h. loco præcitat. verſ. ſuperiorib. locis diſſeruimus.* qui ſcribit hanc probabiliorem, veriorem & receptam opinionem. *DD. communiter in l. ſi paterfamilias. de hæred. inſtituen. DD. communiter in l. cum proponas. C. de hæred. inſtit. Leon. in materia vulgaris num.147. vſq. 165. maxime num.154. cum ſeq. Gomez. d. c.3. nu.26. vbi Soarez. in addit. Loriot. de apicib. iur. d. axiomo.21. Benedict. d. verb. ſi abſque liberis moreretur. el 2. in materia vulgaris nu.65. vſq. 73. Petr. Greg. in ſyntagm. iur. lib.42. c.13. per tot.* Et hanc communem atq; receptam ſcribentium ſententiam eſſe, quam etiam conſulendo ſecuti fuerint, teſtatur *Trentacinq. d. c.5. num.1.* licet ipſe ex doctrina quorundam recentiorum aliter diſtinguat. Neq; dubitandum eſt, veriorem quoque hanc partem eſſe.

f Non entium nullæ qualitates.

g Licet *Bart.* quæſtionem formet in tranſmiſſione per ius deliberandi, tamē in deciſione loquitur de omnibus ſpeciebus tranſmiſſionis, quod ex textibus patet, quos adducit *Iaſ. nu.35.*

h *Alex.* præfert opinionē *Bartoli* opinioni *Angeli*, & tertiæ opinioni, quæ fuit *Imolæ*. Sed plerique tamen ex DD. qui cum Bartolo contra Angelū faciunt, intelligunt *Bartoli* opinionem veram tantum in duabus ſpeciebus tranſmiſſionis, non in trāſmiſſione, quæ fit ratione ſuitatis, excepto *Alciato, Duareno, Leonio, Petro Gregorio, Lorioto, Gomezio, Soarezio,* & aliis, &c.

Monſtraui, communem DD. ſententiam eſſe, quod tranſmiſſarius ſubſtituto præferatur: Reſtat, vt probemus huius ſententiæ veritatem. Non eadem veterum, non eadem omnium recentiorum hac de quæſtione ſententia eſt: quinimo in tres turmas diuiduntur. Nam Richardus Malumbra, cuius opinionem Bartolus ſequitur, voluit per tranſmiſſarium excludi ſubſtitutum vulgarem. Angelus contra potiorem ſubſtituti cauſam eſſe putauit. Imola autem *hic. numer.5.* fœdere diſtinctionis has inter ſe repugnantes opiniones conciliare voluit: cuius tamen ſententia approbata non eſt. In hoc opinionum conflictu Bartoli ſententia communiter eſt recepta: in tranſmiſſione, quæ fit ratione ſanguinis, & ratione iuris deliberandi. Neque hæc res aliquem ſcrupulum habet. At in illa, quæ fit ratione ſuitatis, approbata eſt Angeli opinio à multis. DD. enim, qui cum Bartolo contra Angelum faciunt, intelligunt eius opinionem veram in præcitatis duabus ſpeciebus tantum, non in ea tranſmiſſione, quæ ratione ſuitatis fieri poteſt. Hodie tamen indiſtincte communior eſt doctrina Bartoli, etiam in ea ſpecie tranſmiſſionis, quæ fit ratione ſuitatis, quam expreſſe tenent *Alciat. Duaren. Leon. Loriot. Petrus Gregor. Gomez. Soarez. & alii.* Quinimo fortiorem rationem excluſionis ſubſtituti in tranſmiſſario, qui venit ratione ſuitatis, quam in aliis eſſe conſtat. Et ſententia: quod vulgaris tollat ſuitatem: à recentioribus doctiſſimis Iuriſconſultis plane exploditur. Lancellotus Politus autem hæc, quæ à DD. diſputantur, inuertere videtur. Nouam enim ſententiam defendit, quod in tranſmiſſione, quæ fit ratione ſuitatis & ſanguinis, potior tranſmiſſarii cauſa ſit: in ea, quæ fit ratione iuris deliberandi, præfert ſubſtitutum. Huius ſententiam defendit Zaſius noſter in *tractat.*

ſubſti-

substitut.vulgar.§.secundus effectus versic.in tertio casu huius tertii effectus. Quam opinionem docte refellit *Leonius.* Denique Trentacinq. ipse quoque ex recentiorum quorundam doctrina, relata per Guilhelmum Benedictum & alios, nouam nobis peperit distinctionem, quam qui volet, inspiciat.

121 Tum (1) quod verba, si hæres non erit, ita intelligantur: si alium hæredem non fecerit: sed is, qui transmittit, facit alium hæredem. Ergo ad excludendum substitutum, nihil refert, an hęres institutus ipse hæreditatē adeat, an vero alius, cui per eum hæreditas acquiritur. *l. si paterfamilias.40. de hared.institu.§.fin.Instit.vulg.& pupill.* vbi ad excludendum substitutum nil refert, an seruo acquiratur hæreditas, an vero domino per eum acquisita sit: quemadmodum etiam nihil interest, an filio acquiratur hęreditas, an patri per eum acquisita sit. *Bart. & reliqui locis pracitatis.* Et quanquam *Ang. h. num.4.* contra hoc primum Bartoli fundamentum ea ratione excipiat, quod verba, si hæres nō erit, in libero homine eum sensum habeant, si mutata conditione, alium hæredem non fecerit, quod in proposito dici nequeat: quum instituti conditio non mutetur, sed per mortem potius extinguatur: *i* huic tamen impugnationi respondent *Imol.num.5.Alex.nu.16. & plenius Barth.Socin.num.17.*

Tum (2) quod pendente beneficio transmissionis *k* institutus censeatur superesse: & tamen nec velle, nec nolle, donec per eius hæredem declaretur vel aditio, vel repudiatio, seu abstensio. Quare hoc tempore pendente, substitutus excluditur: quum admitti non possit, antequam euacuatus omnino sit primus gradus. *d.l.quamd.u.3.infr.acquir.hared. Leon.in materia vulgaris, num.155.cum seq. Petr.Greg.d.c.42.num.2.vers.& in hac quastionis resolutione.*

Tum (3) per *l. vnic.* l *§.in nouissimo.iuncto §.quum autem in superiore. C.caduc.tollen.* Nam in *d.§.quum autem in superiore* regulam statuit: quod hæreditas non adita, ad substitutum, aut venientes ab intestato, aut ad fiscum deuoluatur: à qua regula ibi, & in *§.in nouissimo.* Imperator duos casus, in quibus hęreditas non adita, ratione sanguinis aut iuris deliberandi transmittitur, excipit. Quem textum multi ad propositam quæstionem, apertum esse dicunt, quo fit, vt plures moderni hoc fundamentum sibi adscribant: quum hunc textum originaliter ad hanc materiam nostram adduxerit *Bened.de Plumbino,* vt de eo testati sunt *Barth.Soc.h.nu.17.prope fin.& Ias. nu.41.*

i Respon. & extinctionem generice loquēdo mutationem esse, de esse videlicet ad non esse.

k Tunc locum habet secundus gradus, quando primus omnino est euacuatus. Sed pendente beneficio transmissionis primus gradus euacuatus dici nequit. Ergo pendente transmissione, non est locus substituto. Minorem probo: quia verborum (si hæres non eris) hæc sententia est, vel alium hæredem non feceris.

l Iustinianus dicens, hæreditatem non aditam ad substitutum deuolui, de illa tantum hæreditate se loqui protestatur, quæ non transmittitur. Ergo aliud est in casibus, in quibus hæreditas transmittitur.

Porro ad omnia fundamenta, quæ pro opinione Angeli *Saly.et* produxit, respondet *Barth. Socin. h.num.17.* cuius dictis addantur *Leon.Trentacinq. & Petr.Gregor.* responsiones.

122 Pro eorum autem sententia, qui in transmissione ratione suitatis, substitutum transmissario præferunt: nihil (1) facit præcitata *m* ratio, quod substitutio vulgaris suitatem, & per consequens etiam transmissionem, quæ ratione suitatis fit, tollat.

m Vtrumque concedi potest, quod & vulgaris suitatem tollat, & nihilominus filius, cui vulgaris facta est, ratione suitatis transmittat. Per vulgarem tollitur suitas, quo ad omnes effectus, quos suitas producit fauore patris testatoris: non autem tollitur suitas, quo ad effectus, quos suitas habet fauore filii. Ita *Angel.in l. Papinianus. §. quartam. num.7. supr.inoff.testam.*

Nam erudite respondet *Alciat. hic. num.79.& 80.* vbi hoc quoque addit, in transmissione, quæ fit à suo hærede, maiorem rationem subesse, quam in aliis transmissionum speciebus: quum hæc transmissio fiat tanquam

hæreditatis aditæ, & sui non tanquam adeundam, sed tanquam iam aditam hæreditatem transmittant. *l. si quis filium.* n .7. §.1. *infr. acquir. hæred. l. in suis.* 11. *supr. liber. & posthum.*

n In suis continuatur dominium rerum paternarum, & illi, viuente patre, domini quodãmodo sunt: quare tanquam aditam trãsmittũt: Verum adita hæreditate, exclusus est substitutus vulgaris.

Quinimo, si suus non transmitteret vt suus, saltem transmitteret ratione sanguinis ex *d. l. vnic.* ad suos descendentes & ratione iuris deliberandi ad quoscunque alios. *Gomez. tomo 1. c. 9. nu. 40. vers. sexto ad fin. Trentacinq. de vulg. substit. c. 14. num. 21. Petr. Greg. d. c. 42. num. 3.*

Ita etiam (2) nihil illos iuuat, quod Iustinianus hunc casum transmissionis suorum in *d. §. nouissimo.* non excepit. Nam regula: quod hæreditas non adita, non transmittatur: intelligitur de hæreditate, quæ defertur extraneo, non suo, in quo aditio nulla requiritur. Sui enim hæredes ipso iure fiunt. *d. l. in suis.* Neque vllo vnquam tempore de suis dubitatum fuit, quin hæreditatem transmitterent: quum ipso iure eis acquiratur hæreditas: licet ius abstinendi habeant. De aliis autem dubitatum fuit, qui non nisi facto suo acquirunt hæreditatem: propterea Imperator eos tantum casus excepit, in quibus ad acquisitionem hæreditatis aditio necessaria est, *Duaren. loco relato.* 123

Hanc quæstionem, num transmissarius substitutum vulgarem excludat, vel à substituto potius excludatur, *Barth. Socin. h. num. 17.* notabilem & subtilem: arduam & perdifficilem *Petr. Greg. d. cap. 42.* difficilem & subtilem *Trentacinq. d. cap. 5.* dixit. In qua excutienda, multi dies non sufficerent, si omnes opiniones, & omnia fundamenta DD. recitare & examinare vellem. Monstraui ergo in hac amplissima quæstione: 1. Quæ sententia sit verior: 2. Quæ receptior: 3. Attuli tria fundamenta, quæ pro Bartoli opinione præcipua esse arbitror: quum me non fugiat, multo plures rationes adduci potuisse. 4. Monstraui vno verbo, vnde resolutiones argumentorum, quæ Bartolo opponuntur, petendæ sint. Hac breuitate nunc me contentum esse oportet.

Præcitatam tamen Bartoli & aliorum communem sententiam declara, vt non procedat, si aut clara, & euidens testatoris dispositio, *Dilect. in tract. de arte testandi, tit. de substitut. cautel. 5. num. 2.* aut coniectura mentis testatoris pro substituto contra transmissarium staret, *Alciat. h. nu. 80.* Quod eleganti exemplo declarat *o* *Leon. loco relato, num. 162.* 124

o Huc pro declaratione etiam illi casus adferri possunt, in quibus filius non agnitam hæreditatem non transmittit. De quibus vide *Bened. repet. c. Raynutius. verb. mortuo itaque testatore. el 2. nu. 123. vsq. 127. extr. de testam.*

2. Hinc infertur: quod filio instituto repudiante, pater præferatur substituto. Ita decidit gloss. in *l. fin. §. 1. verb. recusante. vbi hoc sequuntur Petr. Rayner. Iacob. Butrigar. & Cyn. num. 8.* qui credit hanc veriorem. *Bart. num. 2. Bald. numer. 3. Castrens. num. 8.* qui ait, DD. illam glossam sequi. *C. de bon. quæ liber. Bart. hic. num. 22. Alex. num. 24.* qui ait, se in practica stare cum Bartolo, etsi sententia absque dubio non sit. *Barth. Socin. num. 27.* dicens Modernos hanc magis communiter sequi, à qua in decidendo non sit recedendum, vtpote, quæ in puncto iuris quoque defendi possit. *Ias. nu. 45.* qui post longam disputationem dicit, se tenere cum Bartolo. *Alciat. num. 86.* appellans hanc communem. *Zas. num. 24.* qui hanc sibi placere testatur. *Duaren. ad tit. n. h. sub rubr. de effectu substitutionis vulgaris, circa princip. versic. prima quæstio est.* vbi hanc receptiorem & probabiliorem esse ait. *Loriot. de apicib. iur. tit. de substitut. axiom. 23. 24. 25. Benedict. loco relato. num. 73. cum mult. seqq.* qui hanc veram & communiorem esse testatur. Idemque profitetur *Vasq. de success. progress. lib. 1. § 5. num. 17. 18.* Denique hanc sequuntur in suis tract. vulgar. substitut. *Zas. §. secundus effectus. vers. in secundo casu.* vbi ait, hanc communiter teneri, & tenendam esse. *Sfort. d. q. 5. vers. limitatur tertio.* omnes *p* in hoc conuenire dicens. Quam etiam communem & receptam scribentium opinionem perhibet *Trentacinq. c. 6. num. 1.* licet ipse contrarium magis probet *Graff. d. q. 9. num. 4.* 125

p Per hyperbolen vult dicere esse sententiam receptissimam. Nam multi contrarium tenẽt.

Erst

Etsi autem quidam ex antiquioribus, vt *Iacob. de Beluis. & Guid. de Suzaria, Guilhel. de Cumo*, aliique contrariam sententiam defenderint, quod substituti causa potior sit: Quam sequuntur *Alberic. de Rozat. d. l. fin. in princip. num. 2. ibi Ang. & alii relati per Bart. Alex. Ias. Benedict. Vasq.* quos probant ex recentioribus *Petr. Gregor. in syntagm. iur. lib. 42.* q *c. 15. Trentacinq. d. c. 6. nu. 10. vers. ex praedictis.* per plura fundamenta, quae referuntur per *Alberic. de Rozat. d. l. fin. in princ. num. 2. & Ias. hic. num. 45. atq. Duaren. vbi supra Bened. loco relato, num. 74. Trentacinq. d. c. 6. num. 4 cum seqq.*

q Ille argumentatur à seruo ad filiũ: quum in hac materia multum differant, vt ostendit *Duaren. loco relato.*

Prior tamen sententia non modo receptior, sed etiam tutior & verior est, vt DD. iam ante relati professi sunt.

Tum (1) quod filio repudiante, pater inuitetur tanquam institutus, & veniat titulo institutionis ex primo gradu: vt est textus clarissimus in *d. l. fin. §. similiq. modo.* Ergo non minus substitutum excludit, ac ipse filius institutus eum excludere potuisset: quum secundo gradui substitutionis locus non sit, nisi euacuato prius primo r gradu, *d. l. quamdiu.* Et haec fuit ratio
126. Butrigarii, vt testatur *Ang. d. l. fin. ad pr.* Quam summo consensu tanquam praecipuum huius opinionis fundamentum DD. sequuntur.

r Tum substitutus admittitur, quando euacuatus est primus gradus. Filio repudiante, non intelligitur euacuatus primus gradus. Ergo filio repudiante, non admittitur substitutus. Minorem probo: quia filio repudiante, admittitur pater tanquam institutus ex primo gradu, *d. §. similiq. modo.*

Tum (2) quod iure s ff. filius repudiando, patri praeiudicare, aut substituto in praeiudicium patris sua repudiatione locum facere nequiuerit. *l. is qui. 13. §. fin. de acquir. hered.* Vt proinde multo minus post *d. l. fin.* hoc possit: quũ illa lex fauore patris sit promulgata, vt, filio repudiante, ille adire posset, quod ante non poterat. Ergo in odium ipsius retorquenda nõ est. quod fieret, si hodie filius repudiando, patri praeiudicare, & per consequens substituto locum facere posset, quod illi antea iure ff. non licuit. *Ias. hic. nu. 45.*

s Fortiora sunt iura patris, secũdum iura codicis, quam secundum iura ff. Sed iure ff. filius repudiando patri non praeiudicat. Ergo multo minus iure Codicis illi praeiudicabit.

Tum (3) quod pater, post *d. l. fin.* plus iuris habeat in filii haereditate, quã transmissarius t in haereditate transmissa. Nam pater etiam post repudiationem filii instituti admittitur: vt in *d. l. fi. §. 1.* quum aliud sit in transmissario. *l. vnic. vers. si tamẽ hereditatem non recusant. ibi DD. cõmuniter. C. his qui ante apert. tab.* Deinde in *d. l. fin. §. similique modo.* dicitur: quod filio repudiante, pater habeatur, ac si ab initio institutus foret. At nusquam in iure hoc de transmissario dicitur. Quare quum transmissarius substitutum excludat: consequens modis omnibus erit, multo magis per patrem substitutum excludi. *Vasq. d. §. 5. num. 17. & 18.*

t Transmissarius vincit substitutum. At potiora sunt iura patris, quam transmissarii. Ergo multo magis pater vincit substitutum.

Tum (4) quod verborum, *si haeres non erit*, hic sensus sit, si alium haeredem non fecerit. *Bart. & DD. hic.* Et licet contrariae opinionis assertores existiment, textum *l. si* u *paterfamilias. cum iurib. concord.* isto demum casu loqui, si quis facto suo alium haeredem fecerit, aliud esse in filii repudiatione: Tamen sciendum rationem illarum legum esse generalem, vt substitutus admittatur, nisi institutus haeres sit, vel alium haeredem fecerit. Quae ratio generalis dictum speciale ampliat. *l. cum pater. 77. §. dulcissimis. infr. legat. 2. Barth. Socin. num. 27.*

u Ratio *l. si paterfamilias.* & iuriũ concordantium, in eo fundatur: quod secundo gradui non sit locus, nisi primus omnino sit euacuatus. Si haec ratio viget, & primus gradus euacuatus non sit: sed institutus aut ipse haeres sit, aut alium faciat haeredem: viget & decisio, quocunque sane modo institutus alium haeredem faciat. Ergo non spectandum, quo modo institutus alium haeredem faciat: sed satis est, quod alium haeredem facit.

Ad fundamenta autem contrariae opinionis respondent *Barth. Soc. Ias. Duar. & Benedict. locis relatis.* vbi etiam hanc communem DD. sententiam aliquot modis limitant.

Constituta vera sententia, opus non est, vt fundamenta contrariæ opinionis referam, vel iis prolixe respondeam: quum id muneris optime exequuti sint nostri DD. & præ cæteris perspicue obiectiones illas refellit *Duaren.* 117

Hæc tamen sententia: quod pater transmissarium excludat: aliquot fallentias habet: quas ideo non refero, (1) ne in immensum opus excrescat: (2) quod omnes illæ congestæ sint ab Alciato: & difficile lectoribus futurum non sit, si ad illius dicta aliorum expositiones addant.

Fallentia 1. hæc est: quod pater non præferatur substituto, quando testatoris coniecturæ pro substituto vrgent, & patri refragantur. *Bald. in d. l. fin. in princ. num. 3. C. bon. quæ liber. ibi additio ad Salycet. num 2. super verb. pater. Barthol. Socin. h. num. 27. ibi Alex. num. 24. & Alciat. num. 89. Duaren. loco relato. Bened. vbi supra num. 79. Trentacinq. d. c. 6. num. 12.*

Fallit 2. in repudiatione tacita. *Barthol. Socin. h. num. 27. ibi Alciat. num. 92. & Trentacinq. d. cap. 6. num 13. versic. secundo limitatur. qui hunc articulum late prosequitur, & tres casus in specie explicat.*

Fallit 3. filio emancipato repudiante. *Alciat. h. num. 90.*

Fallit 4. quum filius non quidem repudiat, sed ante aditam hæreditatem decedit. Nam tunc patri præiudicatur. *Barthol. Socin. h. num. 28. ibi Alciat. num. 93. Benedict. vbi supra num. 79. Sfort. d. quæst. 5. §. primus effectus. versic. limitatur tertio. Trentacinq. d. cap. 6. nu. 19. vsque ad fin.* Et hanc quidem fallentiam septem modis sublimitat *Barthol. Socin. h. & Trentacinq. loco relato.*

Declara 5. Nam non idem in patre est repudiante, vt filius substitutum excludat, vt existimauit *Ias. h. num. 47.* quem refellit *Loriot. de apicib. iur. tit. de substitut. axiom. 22. & Trentacinq. d. c. 6. num. 18.*

3. Hinc inferunt DD. ad Monachum institutum, cui vulgariter alius substitutus fuit. 118

Sicut filius repudians, locum facit patri: ita idem in Monacho, quem nostri filio æquiparant magis quam seruo, vt locum faciat monasterio. Hanc quæstionem de Monacho non omnes DD. aut hic, aut in tractatibus suis attingunt. Aliqui etiam DD. irrident, qui eam pertractant, vt *Duaren.* Quæstio (inquit) vulgo tractati solet de Monacho: si Monachus hæres institutus fuerit, eique delata hæreditas, & datus sit substitutus à testatore, an substitutus præferendus sit monasterio, an contra, monasterium substituto? Monachi acquirunt monasterio suo, sicut serui domino. *l. fin. C. de Episc. & cler.* Quæstio hinc pendet: an seruis, an filiisfamilias monachi comparari debeant? Nam in hac specie multum interest inter filiumfamilias & seruum. Quidam comparant monachum seruo: quidam potius filiofamilias: quia monachus non potest vendi, sicut seruus venditur, vt ait Bartolus. Debuit addere Bartolus: nec facile emptorem reperiri posse huius mercis, si venalis forte reperiatur. Nos hanc quæstionem (inquit) monachis discutiendam relinquamus, ad vtiliora properantes. Hæc ille. At *Barthol. Socin. hic* quæstionem vtilem esse ait, & cotidianam, *nmer. 29.* Nos sciamus, etsi sub Electoribus, Principibus & statibus reformatarum ecclesiarum monachi non habeantur: monasteria tamen & monachos alibi propter ea esse non desiisse: & quæstionis huius non in Italia modo, Hispania, aliisque regnis, sed & in Germania nostra, vt ex Zasio nostro liquet, maximum vsum, ideoque nobis hanc materiam diligenter cognoscendam esse, vt consulti de iure respondere queamus: quum omnis generis quæstiones ad nostra auditoria deferantur. Semper in conspectu nobis esse debet, memorabilis illa Pomponii in *leg. 2. supra de origin. iur.* de Seruio Sulpitio narratio. Seruius autem Sulpitius (ait ille) cum in causis orandis primum locum, aut pro certo post Marcum Tullium obtineret: traditur ad consulendum Quintum Mutium de re amici sui peruenisse. Cumque eum sibi de iure respondisse parum intellexisset, iterum Quintum Mutium interrogasse, & à Quinto Mutio responsum esse, nec tamen percepisse: & ita obiurgatum à Quinto Mutio. Namque eum dixisse: Turpe esse patritio & nobili viro & causas oranti, ius, in quo versaretur, ignorare. Ea velut contumelia Seruius tactus, operam dedit iuri ciuili: & plurimum eos, de quibus loquuti sumus, audiuit: &c. Porro hæc quæstio ample ab aliquibus & satis dextre discutitur, ita vt mea resolutione non vsque adeo opus sit: breuiter ergo me hic expediam.

Pro

Pro cuius quæstionis resolutione ita distinguendum erit:

Aut monachus institutus repudiat hęreditatem, & omnes Canonistæ, pleriq; etiam Legistæ substitutum excludi per monasterium, & hanc sententiam amplectendam dicunt. Sic etiam *Bart. num. 21. Alex. num. 23.* volens probabiliorem: latissime *Barth. Socin. num. 22. vers. circa secundum. Ias. num. 43.* qui ait. Bartoli opinionem in iudicando & consulendo tenendam & verissimã esse, maxime quum summa ratio sit, quæ pro religione faciat: & in dubio pro Ecclesia iudicandum sit. *l. sunt* x *persona. 43. supra Relig. & supt. fun. Alciat. num. 83.* appellans hanc receptiorem. *Zas. nu. 25.* dicens saniorem opinionem. *Loriot. de apicib. iuris, tit. de substitut. axiom. 22.* qui hanc communem esse testatur. late *Benedict. d. verb. si absq; liberis moreretur. nu 80. cum seq. & Zas. in tract. vulgar. substitut. §. quartum punctum. vers. secundus effectus. ibi. de monachis autem est quæstio impeditior. Sfort. d. q. 5. vers. limitatur tertio.* dicens omnes *y* tam Iuristas quam Canonistas monasterium substituto præferre. *Trentacinq. c. 7. num. 4. vers. ex resolutione.* qui contrariam quidem opinionem disputatiue defendit. Sed hanc sententiam nostram communem & receptam scribentium doctrinam esse testatur, à qua in consulendo & decidendo recedendum minime sit, *Graff. d. q. 9. num. 6.* dicens hanc magis communem. Quæ procul dubio etiam verior est.

x Propter publicam vtilitatem (inquit Papinianus) ne insepulta cadauera iacerent: strictam rationem insuper habemus, id est, negligimus, quę nonnunquam in ambiguis religionum q̃stionibus omitti solet. Nam summam esse rationem, quæ pro religione facit. Elegans iuris principium, quo tamen sobrie non vtemur, nisi quæ vera religio sit, nobis fuerit compertum. Hoc principio iam olim (1) Iudæi contra primitiuam Ecclesiam, (2) hodie Turcæ contra Christianos, (3) & alii etiam contra vere catholicam & Apostolicam Ecclesiam, eiusq; membra abutuntur.

y Hyperbolica locutio. Hoc vult: sententiam esse communissime receptam. Nam illi, qui monachum seruo æquiparant, contrarium tenent. De quibus vide *Bart. & Barthelom. Socin. hic. atq; Benedict. & Trentacinq. hic relatos.*

229 Tum (1) quod monachus filio magis quam seruo comparetur: quum vendi nequeat, & à monasterio alendus sit, iureq; suitatis succedat, & testis esse possit: & maxime tum quidem filio magis æquiparabitur, quando id Monasterio vtilius fuerit. DD. locis relatis. Ergo etsi seruus de facto possit z nolle adire, etiamsi per dominum excarnificaretur: Quo casu domino ille præiudicat: *l. cum proponas. 3. C. de hær. instit.* Tamen vt filio repudiante, pater substitutum excludit, quemadmodũ in præcedente illatione dictum est: ita idem hic iuris erit per argumentum à filio ad *a* monachum.

z *Iacob. de Arena, Richard. de Malumbra,* & alii tenent, monachum magis seruo comparari. ita præferretur monasterio substitutus.

Tum (2) quod nulla prorsus in acquirendis monachi voluntas, sed omnis in cœnobiarcham translata sit, vt, quod is aut velit, aut nolit, monachum velle, aut nolle, interpretemur, personaque monachi pro nihilo in hac re magis reputetur, quam serui: quum serui consensus aditioni, & consequenter exclusioni substituti sit necessarius. *d. l. cum proponas.* At absque monachi facto, potest Abbas seu Monasterium adire. Quæ est opinio Canonistarum communis. *cap. in præsentia. de probat. Alciat. h. nu. 84. Sfort. loco relato, Trentacinq.* b *d. c. 7. num. 2.* Et quanquam Legistæ hoc Canonistarum dogma impugnent: Tamen *Zas. noster in tract. vulgar. substitut. loco relato,* Canonistarum opinionem sibi veriorem videri ait. Quæ & in nostra Germania notissima consuetudine seruetur, nisi ante ingressum monachi omnia sint per cognatos diligenter prouisa.

a Hæc est prima ratio decidẽdi: quę tamen aliquib. eorum quoque, qui hanc sententiam tuentur, non satisfacit. Quare aliam addo.

b Duæ sunt opiniones: vna Canonistarum, quod monasterio acquiratur hæreditas, sine omni facto monachi, ita quod eius aditio non sit necessaria. Legistæ contra tenent, quod factum monachi sit necessarium. Fundamenta harum opinionum vide apud *Barth. Socin. hic. num. 10. vers. circa primum. & apud Trentacinquinm,* qui pro Legistis pugnat. Sed sententia Canonistarum consuetudine Germaniæ nostræ approbata est.

230 Aut monachus non repudiauit, sed mortuus est antequam adiuerit, & siquidem præcitatam Canonistarum *c* sententiam consuetudine Germaniæ receptam teneamus, res omnis expedita est. Hæreditas enim ad monasterium pertinebit.

c Quod Monasterio acquiratur hæreditas sine omni facto monachi.

At Legistæ nostri, qui monasterio aditionem monachi necessariam esse existimant, substitutum præferunt locis relatis, nisi virtute transmissionis monasterium defendatur. Transmissarium enim substituto potiorem esse, in prima illatione proxima dictum est. Satis autem inter eos constat, monachum hæreditatem sibi delatam transmittere: (1) si talis sit hæreditas, vt virtute suitatis ad quemcunq; extraneum transmitti possit. *Alex.h. num.25. ibi Barth. Socin. num.25. versic. secunda quæstio. Benedict. loco relato, numer.87.* Et ita plerique alii tenent, vt constat ex ample relatis per *Trentacinq.d. c.7. nu.13. vers. secundus casus.* (2) si sit hæreditas ascendentium. Nam quum monasterium loco filii sit, *Auth. nisi* d *rogati. C. ad SC. Trebell. Dilect. in tract. de arte testandi, tit. de substitut. caut.18. Hieron. Schurf. consil.41. numer.2. cent.3.* Monachus illam ex *leg. vnic. C. his qui ante apert. tab.* transmittit. Ita *DD. hic. ibi Alex. nu.25. Barth. Socin. nu.25. vers. tertia & vltima quæstio. Trentacinq. d. cap.7. num.16. versic. tertius & vltimus casus.* (3) Si sit hæreditas extranei, & monachus intra annum decedat. Nam tunc transmittitur ius deliberandi per dispositionem *leg. cum in antiquiorib. C. de iure deliberandi, Barth. Socin. hic. num.24. Trentacinq. d. cap.7. num.11.* Extra hosce casus, monasterium, iuxta Legistas, excluditur, per rationes adductas à *Barth. Socin. & Trentacinq. locis relatis.* nisi monachus aut malitiose neglexerit adire: *Barth. Socin. & Trentacinq. locis relatis.* aut ab extraneo sub mentione monachatus fuerit institutus, *Alex. h. num.26. Benedict. loco relato num.91.* Quinimo vbi transmissioni locus non est, monasterio per restitutionem, contra non aditionem monachi consuli nostri tradunt, quod explicat *Barth. Socin. h. nu.26. vers. circa quartum & vltimum articulum. Trentacinq. d.c.7. nu.19. vers. quinta & vltima quæstio.*

d Ibi rogatus restituere hæreditatē, si sine liberis decedat substitutum excludit, si monasterium ingrediatur. Ergo monasterium est loco liberorum.

Si circa hanc illationem tenemus communem Canonistarum sententiam: quod nullum factum Monachi requiratur ad hæreditatis aditionem, tum omnia planissima sunt, & nulla prorsus distinctione opus est. Nobis certe distinctione opus non esse Zasius ostendit: quum Germaniam nostram hanc sententiam vsu recepisse testetur. Sed quum Legistæ illud Canonistarum dogma improbent, hinc fit, vt amplissima disputationis materies sese nostris exhibeat. Bartholomæus Socinus hanc materiam quæstionibus quatuor pertractat. 1. Vtrum hæreditas delata monacho, immediate deferatur monasterio, adeo quod in aditione non requiratur factum monachi? 2. An monacho nolente seu repudiante, monasteriū, eo inuito, adire possit? 3. An monachus decedens ante aditam hæreditatem ius adeundi transmittat ad Monasterium? 4. An in casibus, in quibus monachus non transmittit, possit monasterium petere, se restitui aduersus non aditionem monachi? Easdem quæstiones tractat *Trentacinq.* nisi quod quintam addit: An Monachus æquiparetur seruo, vel filio.

4. Hinc infertur: si instituto auferatur hæreditas tanquam indigno, 131
substitutum excludi à fisco. *e*

e Quando bona, quæ indigno auferuntur, ad fiscum: quando ad alios pertineant, habet *gl. & DD. in l.4. ibi Ias. num.5. cum seqq. Cod. his, quibus vt indign.* amplissime prosequitur *Vasqu. libr.2. de success. resolut. §.20. per tot. Petr. Gregor. libr.42. in syntagmat. iur. cap.14. Cuiac. ad Nouell. in princ. de hæred. & Falcid. idem in l.3. infra de his, quæ in testamento delentur. & not. supr. in l. hæredes palam. §. si quid non.15. cum seqq. ff. testam.* Et quæ hoc casu necessaria, vt bona fisco quærantur, docet Wesenbecius *in paratit. ad titul. his quibus vt indign.*

Tum (1) quod institutus, qui non adiit, non quidem hæres sit, hæredem autem faciat fiscum. *Bart. h. num.26.*

Tum (2) quod fisco regulariter quidem post aditam hæreditatem locus sit: quanquam & in paucis casibus, ante hæreditatem aditam, ex sola negligentia hæres efficiatur indignus. *Alciat. h. num.102.* Ergo aut adita est hæreditas, & inter omnes constat substitutum excludi, neq; hæc res vllam dubitationem habet. *l. post aditam. C. de impub. & al. substitut.* aut adita non est,

est, sed hæres eam repudiauit. De quo tantum casu probabiliter dubitatur: & idem iuris esse nostri contendunt: quum institutus hoc fecisse præsumatur in fraudem fisci. *l. recusare.6.§.* f *si fisco. infr. ad SC. Trebell.*

Tum (3) per *l. si sequens.15. ad SC. Syl.* quibus alia plura fundamenta *Bart. & DD. h.* addidere, *& Trentacinq. de substitut. vulg. c.8. num.2. & seqq.*

Et hanc sententiam tuetur *Bart. h. num.26. Imol. num.7. Alex. num.28. & Barth. Socin. num.30.* qui hanc communem dicunt. *Ias. num.51. Alciat. numer.102. Bart. in d. l. si sequens. ad SC. Syl. Benedict. loco relato, num.94* eandem communem & receptam scribentium opinionem esse testati sunt, in suis tract. vulgar. substit. *Zas. §. tertius effectus. vers. in quarto genere transmissionis. Sfort. q.5. vers. limitatur quinto. Trentacinq. d. c.8. nu.1. Graff. d. q.9. nu.8.* Quam tamen ii, qui pro Bartoli opinione propugnant, aliquot modis declarant, vt videri potest apud *Socin. h. num.30.*

f Si fisco bona vacantia deferantur, nec velit (id est, institut*) bona agnoscere & fideicõmissario restituere, æquissimũ erit, quasi vindicauerit (i. e. necem defuncti fiscus) sic fiscum restitutionem facere. Ergo isto quoq; casu fisco locus est, si institutus adire nolit.

132 Hæreditate adita, nulla prorsus quæstio est: sed eo de casu DD. controuertunt, quando nondum hæreditas adita fuit. Communis est, quod fisco locus fiat. Ratio quod in fraudem fisci hæres non adiisse præsumatur.

Hanc tamen communem limitant DD. I. in eo, qui nullo modo capax est. Nam illi fiscus non succedit. *l. 1. cum ibi notat. C. hered. institu. Socin. ibidem & Trentacinq. d. cap.8. num.7.*

II. Limitant, quando institutus mortuus fuisset, hæreditate sine fraude non adita, id est, si constiterit, institutum fraude omni vacare. Ita *Socin. & plerique moderni limitant.*

III. Limita, quando substitutus repudiasset, antequam efficeretur indignus: puta, antequam in negligentia esset vindicandi mortem testatoris. *l. antequam infr. ad Senatusconsultum Syll.* Hæ limitationes sunt verissimæ & indubitatæ.

IV. Limita, quando indigno substitutus datus est in eo, quod capere non possit. *l.2. C. hered. instituen.* dissentit tamen *Socin. h. num.30. & Alciat. num.103.*

Ex hisce constat. *Bart. & DD.* communiter hoc velle, quod hæreditate non adita, in dubio fundata sit fisci intentio, & fraus non adeuntis præsumatur. Verum, hoc alii constanter pernegant. In dubio (inquiunt) nolens adire non præsumitur, hoc in fraudẽ facere *l. qui autem. in princip. infr. quæ in fraud. credit.* Vt omittam, non adeuntem iustissimas causas recusationis suæ habere posse. Fortasse existimauit, tantam non esse hæreditatem vt accusatus instituere aduersus occisorem debeat. Fortasse periculo accusationis se supponere noluit, *Duaren. & Zas. hic relati.*

Et hæc contraria opinio, quod fraus in dubio non præsumatur: & quod huius consequens est, in dubio non sit fundata fisci intentio: non tantum æquior, sed verior, imo ipsa purissima veritas est, vt ex sequentibus, DEO volente, satis constabit.

133 Contrariam tamen opinionem, quod, hæreditate non adita, substituti potior quam fisci conditio sit, defenderunt *Bart.* sibi contrarius in *l. eius qui delatorem. §.1. num.1. infr. iure fisci. Ang. h. verb. substituere. num.4. Duaren. ad tit. n. h. rubr. de effectu substitutionis vulgaris, versic. alia igitur quæstio est Loriot. de apicib. iur. tit. de substitut. axiom.26. VVesenbec. in paratit. ad tit. his quib. vt indign. ad fin. Petr. Greg. in syntagm. iur. lib.42. c.14. per tot. DD. in suis tractat. vulg. substitut. puta, Sfort. d. q.5. vers. limitatur quinto.* qui tamen g distinguit. *Zas. §. tertius effectus. vers. in quarto genere transmissionis. Trentacinq. d. c.8. nu.7. & 8. Graff. d. q.9. num.8.*

Tum (1) quod is, qui nondum hæreditatem adiit, & hæres non est, indignus hæres dici non possit: quum non entis nullæ qualitates sint: vt proinde fisco locus esse nequeat. *Zas. loco relato.*

Tum (2) quod nolens adire, in dubio, non præsumatur hoc in fraudem facere. *l. qui autem.* h *6. in princ. infr. quæ in fraud. credit. Duaren. Zas. & Trentacinq. locis relatis.* Tum

g Omnes partes illius distinctionis veræ: sed in eo, ꝙ accedit communi, quum indignitas procedit culpa hæredis, & illa culpa publicam personã respicit, fallitur. Nam & hoc casu cõtraria hæc verior

h Dixit text. edictũ illud ad diminuentes patrimonia sua spectare, nõ ad eos, qui id agunt, ne locupletentur. Inde infert, eum, qui repudiarit hæreditatem, non videri in fraudem facere.

Tum (3) quod data instituti indignitate, certum sit eum adire, aut succedere non posse. Existit ergo conditio vulgaris,* quamobrem eo de medio sublato, non vt olim, hæreditas fiet caduca, sed ad substitutum primo perueniet, & postremo loco ad fiscũ, si nullus alius legitimus successor adsit. §. *si vero institutio.* a *in Auth. de hæred. & Falc. l. vnic. in pr. § prosecũdo. §. cum autem. C. caduc. toll. Auth. hoc amplius. C. fideicom. Lortot. & Petr. Greg. locis relatis.*

Tum (4) quod alteri per alterum iniqua conditio inferenda non sit: vt 134
proinde factum & indignitas instituti, dispositioni testatoris præiudicium generare nõ debeat. Ita quasi in terminis nostris Vlpianus in *l. Papinianus. 8. §.* b *meminisse. supr. inoffic. testam.* respondit: si hæres, qui indignus factus est, hæreditatem rogatus sit restituere, propter factum illius & indignitatem, non debere iniuriam ei fieri, cui restitutio facienda sit. Vnde recte nostri colligunt, indignis à fisco relicta eatenus tantum auferri, quatenus apud eos remanent lucra hæreditaria, aut remanere debent: aliud, si ex testatoris prouisione hæreditas ad substitutos, aliosve, quibus ex fideicommisso restitutio facienda est, pertineat *VVesenb. & Petr. Greg. vbi supra.*

* Dicat aliquis, imo nõ existit, quia indignus fiscum facit hæredem. Respond. indignus fiscum facit hæredem, in hęreditate, in qua non habet substitutum. Nam potior est causa instituti.

a In omnib. hisce iurib post institutũ primo loco substitut', extremo loco fiscus admittitur.

b Dixit textus, id q ab indigno aufertur, applicari fisco. additur tamen ibi limitatio: quod eo solo carere indignus debeat, cuius emolumentum ad eum pertinet, ita scil. quod apud indignum alias remanere deberet. Cæterum, si id rogatus fuerit restituere, non debere iniuriam fieri. *Not. supra in l. hæredes palam. §. si quid post. num. 13. ff de testam.*

Duobus tamen casibus Bartoli doctrinam saluari posse annotauit *Zas.* 135
loco relato, qui videri potest, vbi ille post alios, quemadmodum & *Duaren. Petr. Gregor. Trentácinq. locis relatis*, ad fundamenta, c quibus Bartoli sententia defenditur, respondet.

V. Hinc infertur, quod instituto d repudiante, fideicommissarius 136
præferatur substituto. Nam verba, si hæres non erit, ita intelliguntur, si alium hæredem nõ fecerit. Est autem fideicommissarius effectu hęres, qui institutum repudiantem cogere potest, vt hæreditatem adeat, & ex SC. Trebelliano restitutionem faciat *DD. hic, ibi Alciat. n. 99.* Qua de re, in quæstione tertia præcedente, §. Sextum exemplũ est, &c. plene disputatũ fuit.

c Tria fundamenta attulit: 1. Quod indignus hæredem fiscum faciat. Respond Indignus facit hæredem fiscũ, vbi substitutus datus nõ est. 2. Quod non adiens intelligatur in fraudem fisci hoc facere. Respon. DD. per inficiationem: quum fraus non præsumatur. 3. Si sequens gradus, id est, substitutus vlcisci velit necem defuncti, id non obesse fisco. *d. l. si sequens.* Respon. DD. communiter & post eos *Duaren. & Petr. Gregor.* quod ibi adita fuerit hæreditas ab instituto. Merito ergo substitutus excluditur.

d Institui hæredem: illi substitui vulgariter alium: alium substitui per fideicommiss. hæres repudiat. Quæritur, num locus sit substituto? Videtur quod sic. Quia institutus hæres non est. Contrarium verum, quod institutus cogi possit ad adeundam hæreditatem & restitutionem faciendam ex fideicommisso. Non obstat ratio dubitandi. Quia verborum, *si hæres non erit*, hæc sententia est: si neq; ipse hæres sit, neq; alium hæredem faciat. At institutus coactus adire & restituere, facit alium hæredem.

VI. Quum verborum vulgaris substitutionis hæc sententia sit: si ne- 137
que institutus hæres sit, neque alium hæredem fecerit, vt proinde substituto & secundo gradui locus non sit, quamdiu primus gradus locum habere potest. Hinc ergo infertur, quod institutus & substitutus non concurrant. Quæ est regula *l. quamdiu. 3. infr. de acquir. hæred. DD. hic.*

Ex verbis vulgaribus, si hæres non erit, constat, non aliter substituto locum esse, nisi 138
primo gradu in totum euacuato. Non ergo concurrunt institutus & substitutus regulariter: Quæ tamen regula in septem casibus fallit, de quibus per ordinem Deo volente, dispiciemus.

Primus casus desumitur ex *l. si paterfamilias. 40. cum l. seq. supr. tit. 1. & ex §. fin. Institut. vulgar. substit.* De quibus textibus quædam supra adduxi. Aliquis instituit Titium, quem ingenuum esse putabat: eique Sempronium substituit: si hæres non esset: post mortem testatoris apparet, illum esse seruum hominem. Quæritur: institutine serui domino, an substituto locus sit? Substitutus pro se allegat, extitisse conditionem substitutionis, eoque sibi locum esse. Si enim testator aliquem instituat, quem liberum esse sciat, aut liberum putet, tum hæc verba *(Si hæres non erit)* hunc sensum habere: si neq; homo liber sibi hæreditatem acquirat: neque mutata postea conditione, id est, in serui-

tutem

tutem redactus dominum hæredem faciat. At in hoc casu seruus institutus neque ipse hæres est, neque postea conditione mutata, in seruitutem redactus est: quia ab initio fuit seruus. Ergo conditio extitit. Hæc ratio facit pro substituto. Pro domino autem serui adduci potest, quod hic seruus, si liber fuisset, & postea conditionem mutasset, domino hæreditatem acquirere potuisset. Quare dominus in totum excludendus non videtur, hac sola ratione, quod institutus iam tum, quum instituerertur, seruus fuerit. Nam si ea, quæ conditionis loco ponuntur, iam facta sint: eaque facta testator nesciat, præsenti die debebitur. *l. si iam facta. infr. condit & demonst.* Propter hunc rationum conflictum, quæ pro vtraque parte militant, hæreditas inter substitutum & instituti serui dominum diuiditur. Concurrunt ergo institutus & substitutus.

Ita scio ante aliquot annos, difficilem controuersiam coram Senatu Brunsuicensi fuisse agitatam: & ex informatione venerandi Collegii Ingolstadiensis pronunciatum fuisse, quod bona controuersa, ob rationum conflictum, inter Actorem & Reum essent diuidenda. Ita in possessorio retinendæ dubio, omnibus hinc inde paribus, aliqui pronunciandum censent. *Menoch. remedio retinendæ. num. 755. cum seqq.*

Vbi obseruandum, quemadmodum Academici in philosophicis disputationibus ἐποχὴν adhibendam censebant, quod in vtramque partem de quauis fere sententia disseri posset: Ita in iure quoque nostro & vita practica, quædam vsque adeo incerta & ambigua esse, vt in quamcunq; partem te verteris, sit, quod assensionem, & iudicium tuum impediat. In quibus ἐποχὴν retinere, iudiciumque suspendere prudentis, libere autem assentiri stulti hominis est & temerarii. Veteres multis modis in eiusmodi nodosis controuersiis sunt vsi. Interdum iurarunt sibi non liquere, vt ex Asconio Pædiano & textu *l. idem. §. fin. supr. recept. arbitr.* docet *Vigl. d. §. fin. Iacob. Menoch. remed. retinendæ. 3. num. 748. & 751. Bodin. de republic. libr. 3. cap. 5. (fol. 301.)* Exemplum illustre est apud Gellium *lib. 14. noct. Attic. cap. 2* Homo intergerrimæ vitæ petebat pecuniam à Reo, qui esset vita turpi, mendax, perfidus, fraudulentus. Actor nullas probationes habuit. Iurisconsulti dixerunt Reum absoluendum, ex regula: Actore non probante, &c. Phauorinus Philosophus dixit, condemnandum. Gellius iudex datus iurauit sibi non liquere, & ita iudicatu illo solutus est. Interdum vsi sunt remissione ad iudicem superiorem. Materfamilias quædam Smyrnæ maritum & filium interfecit: quum ab iis optimæ indolis iuuenem, quem ex priore viro enixa fuerat, occisum esse comperisset. Dolabella proconsul in Asia, quum neque liberare duabus cædibus contaminatam, neque punire iusto dolore impulsam facile posset: hæsitans, quid inter vltionem & scelus statui oporteret, rem ad se delatam Athenas ad Areopagitarum cognitionem remisit. *Petr. Ærod. libr. 2. Decret. tit. ad l. Pomp. de parricid. cap. 6.* qui hæc ex Valerio Maximo, Gellio & Ammiano Marcellino refert. *Menoch. remedio retinendæ. 3. num. 750. & num. 775. Bodin. de republ. libr. 3. cap. 3. fol. 278. libr. 5. c. 1. fol. 512.* Interdum prorsus suspenderunt iudicium. Ita Areopagitæ in causa illa, de qua memini ad ipsos remissa, Accusatorem & Reum in centum annos vadati sunt, hac mora & condemnationem & absolutionem ablegantes à se, & sequentibus iudicibus, extincta per mortem accusatione adimētes obscurum & difficile iudicium. *Ærod. ibidem & cap. 5.* vbi aliud exemplum ex Valerio Maximo proponit *Menoch. remedio retinendæ. 3. num. 749. Bodin. de republic. libr. 3. cap. 5. fol. 301. & libr. 5. cap. 1. fol. 512.* Interdum rem controuersam diuiserunt, vt hic exemplum proponitur. Addatur *Tiraquell. in tract. de nobilitate, q. 17. num. 19. & per opiniones 12. seqq.* vbi de iudiciis in rebus prolixis amplissime disserit. *Menoch. de retinend. possess. remedio 3. num. 739. vsq. 780. & Ærod. loco relato, Bodin. de republ. libr. 6. cap. 5. & locis proxime citatis. & author theatri vitæ humanæ volum. 7. lib. 4. sub tit. Iudicii suspensio.*

Hæc tamen regula, & sexta illatio fallit 1. casu *l. si paterfamilias. 40 supr. tit. 1. & §. fin. Instit. vulg. & pupill.* vbi propter conflictum rationum, quæ pro instituti serui domino ab vna, aut pro substituto ab altera parte militant, aut hæreditas tota, aut illa pars, de qua quæstio est, inter institutum & substitutum diuiditur. Vt proinde institutus & substitutus hic concurrant. Ita DD. communiter docere testatur *Bart. hic. num. 27. Alex. num. 29.* qui simpliciter cum Bartolo transit. *Barth. Socin. num. 31. Alciat. nu. 104. Duaren. ad tit. nostrum h. sub rubr. de effectu vulgar. substit. vers. dictum fuit in initio*

huius disputationis Rolandin. in tract. de testam. part. 1. rubr. 23. num. 22. Benedict. d. verb. si absq; liberis moreretur. el 2. in materia vulgaris, num. 95. Sfort. in tract. vulgar. substitut. q. 5. §. limitatur sexto. vers. primus est. ibi Trentacinq. c. 9. num. 1. cum seqq. Vigl. & reliqui d. §. fin.

Limita 2. Nam quod in *d. l. paterfamilias. & d. §. fin.* de seruo dicitur, 139
quem quis liberum putabat: id DD. communiter extendunt ad filium in potestate institutum, quem testator putabat esse patremfamilias: Ita *Socin. h. num. 31.* quod tamen cum distinctione temporum accipiendum. *Alciat. h. num. 104.* vt de iure ff. procedat. Nam quemadmodum seruus acquirit domino: ita de iure ff. filius acquirebat patri. *l. placet. 79. de acquirend. hæredit.* Et sicut propter conflictum rationum inter dominum serui instituti, quem testator liberum putabat, & inter substitutum hæreditas diuiditur: ita idem in filio, quem testator patremfamilias esse putabat, dicendum, vt inter ipsius patrem & substitutum hæreditas diuidenda sit: & proinde concursus admittatur. Aliud autem iure Cod. esse, post DD. explicat *Trentacinq. d. c. 9. num. 4.*

Limita 3. in casu *l. si libertus. 41. de bon. libert.* Nam si libertus, patrono so- 140
lo hærede instituto, roget, vt proprium seruum manumittat, & illi substitutum dederit, patronus, accepta debita portione, hæreditatem repudiare potest, ita vt cætera pars ad substitutum perueniat, & substitutus vulgaris cum patrono concurrat. *Bart. h. num. 27. Alex. num. 29.* simpliciter sese referens ad doctrinam Bartoli: *Barth. Socin. nu. 31. Ias. num. 53. Alciat. nu. 105. 110. Duaren. loco relato, versic. alius casus est. Roland. de testam. part. 1. rubr. 23. num. 22. Sfort. in tract. vulg. substit. q. 5. §. limitatur 6. vers. quintus casus est.* communem dicit *Trentacinq. ibidem c. 9. num. 10. Benedict. vbi supra num. 95. versic. secundus casus.* Etsi aliquibus visum sit, quod patronus institutus ibi, legitimam ex remedio decreti à Prætore non tanquam hæres, sed tanquam patronus ab intestato consequatur. Vt proinde substitutus, quo ad bona testatoris cum patrono quidem, sed non vt cum instituto, in quibus terminis regula nostra loquitur, verum vt cum patrono concurrat, & hanc post *Ripam & Politum* etiam sequitur *Trentacinq. loco relato.*

Limita 4. Vt quod in patrono dicitur, idem de filio affirmandum, per 141
d. l. si libertus. quem aureum ad hoc textum esse dixit *Benedict. loco relat. numer. 5.* Nam etsi filius simpliciter hæres institutus non possit legitimam retinere, & reliquum hæreditatis repudiare, vt annotatum est supra quæstione secunda, circa regulam: Quod substitutio vulgaris in alterum casum: puta, noluntatis facta, etiam ad casum impotentiæ producatur, fallen. 6. circa fin. per *l. 1. & 2. de acquir. hæredit.* Quæ receptissima DD. sententia est, vt testati sunt hic *Barthol. Socin. num. 31. vers. secundus casus.* qui omnibus fundamentis aduersariorum respondit. *Alciat. nu. 105. Benedict. vbi supra, num. 48. cum seqq. Trentacinq. d. cap. 9. num. 12. vsque num. 26.* vbi ipse quoq; omnia contrariæ partis fundamenta dissoluit. *Graff. in tractat. recept. sent. § legitima. q. 1. num. 4. vers. infertur tertio.* Et non tantum testamento facto, sed hactenus etiam procedit, si pater decessisset intestatus, quum repræsentatio defuncti scindenda non sit, vt post *Abbatem* docuit *Socin. hic. num. 31.* ibi, & cum hac opinione transit etiam dominus Abbas & Moderni. *& num. 32. vers. septimus & vltimus casus. Alciat. num. 108. ad fin. Trentacinq. d. c. 9. n. 26.* & supra loco relato annotatum fuit. Tamen aliud est, quando, vt in *d. l. si libertus.* accidit, in filii persona duo cōcurrunt, puta (1) quod habeat substitutum, (2) & sit grauatus onere legati, vel fideicommissi in re

pro-

propria. Tunc enim legitimam acceptare, & reliquum repudiare potest, ne minus iuris filio concedatur, quam patrono: quum eadem ratio, imo fortior in filio, quam in patrono militare videatur; vt proinde institutus filius cum substituto concurrat. *Bart. h. num.27. Alex. num.29. Socin. num.31. vers. secundus casus. & num.32. vers. sextus casus est. Ias. num.52. Alciat. num.110. Roland. de testam. part.11. rubr.23. num.22. Benedict. loco relato, num.50. & nu.95. vers. tertius casus. Sfort. in tract. vulg. substitut. q.5. §. limitatur sexto. vers. sextus est. Trentacinq. d. c.9. num.27. vers. secunda conclusio.* qui hanc receptam & communem scribentium opinionem esse testatur: Quibus in locis *Socin. Alciat. Bened. Trentacinq.* plures casus, in quibus filius legatum retinere & residuum hæreditatis repudiare potest, annotarunt.

DD. in hac disputatione: num filius legitimam retinere, & reliquum hæreditatis repudiare possit: plura membra inter se distinguunt.

I. Casus est, quando filius simpliciter est institutus. hic receptissima DD. sententia est: filium non posse legitimam retinere & residuum repudiare. DD. locis præcitatis.

II. Casus, quando filius repudiando residuum, non deduceret rem ad successionem ab intestato: puta, si legitimam filius accipiat ex forma statuti, titulo legati. Nam etsi tunc repudiet hæreditatem vltra legitimam: tamen non reducitur res ad causam intestati: quia hæres vniuersalis sustinebit testamentum. Ita *Socin. h. num.32. versic. secundus casus. Alciat. h. num.101. versic. idem si eam quoquo titulo. Benedict. loco relato, numer.53. versic. quarto limitatur.* Huc etiam pertinent illi casus: si filius, aut filia legitimam capiant per viam contractus, aut titulo prælegati. De quibus per *Alciat. hic. num.108. & numer.109. Benedict. vbi supra num.54.*

III. Casus, quando filius est institutus, & haberet substitutum vulgarem, non tamen foret legatis prægrauatus.

IV. Casus, quando econtra filius institutus esset quidem legatis grauatus, non tamen haberet substitutum vulgarem. In hisce enim duobus casibus, non posset, retenta legitima, filius residuum hæreditatis repudiare: quum requisita *dict. l. si libertus.* deficiant, vt est communis sententia DD. de qua per *Socin. hic. num.32. Benedict. loco relato, numer.95. vers. quartum casum. versic. tertius casus. & versic. quartus casus. Trentacinqu. dict. cap.9. num.29.*

V. Casus est, quando filius habet substitutum, & est valde grauatus legatis, non tamen legatis rei propriæ: itaque illi onus iniungitur non in re propria, sed in legatis de hæreditate. Hoc casu magis communis opinio videtur, quod possit legitimam acceptare, & hæreditatem repudiare. Ita dicit *Barth. Socin. num.32. Benedict. loco relato numer.50. Graff. d. §. legitima quæst.1. num.6. versic. vnum tamen.* Sed verius est, nisi in re propria hæres grauatus sit, decisioni *d. l. si libertus.* locum non esse. *Trentacinqu. dict. cap.9. num.28. vers. tertia conclusio.* Regulæ ergo hoc casu standum, adeo, vt si omissa testamenti causa, ab intestato adeat, tanquam fraudem edicto fecerit, conueniri possit, nisi propter tale onus minus legitima consequeretur.

Hodie tamen, si adiecta onera legitimam diminuerent, ipso iure legis Nouellæ beneficio subduceretur. *l. quoniam in prioribus. C. de inoff. testam.* quod & in patroni legitima seruandum. Nec enim in hoc vlla est differentia. *Alciat. h. num.110.*

VI. Casus est, casus noster, quando filius habet substitutum, & specifice grauatur dare rem aliquam propriam. De quo dixi.

VII. Casus est, quando sumus in causa intestati. De quo casu dixi.

Hos casus habet *Socin.* Illis addatur *Alciat.* videatur & *Benedict. loco relato, num.51.*

142 Limita 5. quando quis ex parte pure, & ex parte sub conditione institutus fuit, & in parte conditionaliter relicta, habet substitutum vulgarem in casu deficientis conditionis. Nam deficiente conditione, substitutus & institutus concurrunt. *l. si te solum. 27. supr. tit. præced. l. cum hæres. 52. §. fin. infr. acquir. hered. Alex. h. num.29. Socin. num.31. prope fin. vers. primus est. Ias. num.52. Alciat. nu.104. Benedict. loco relato, num.95. vers. quintus casus. Sfort. loco relato, vers. secund. est. Trentacinq. d. c.9. num.30.*

Limita 6. quando testator instituit Titium, in certa quidem parte, sub conditione, si nauis ex Asia venerit: & in eadem parte, sub alia conditione, si Imperator venerit in Italiam: & in casu secundæ conditionis deficientis dedit substitutum vulgarem. Nam prima conditione eueniente, secunda autem deficiente, concurrunt institutus & substitutus: quum vterque mentem testatoris habeat. Hæc est decisio Raphaelis Cumani in *l.quamdiu. la 1.infr. acquir. hæred. & in l.si plures.condit. instit.* quem sequuntur *Alex. h. num. 29. & Alciat. num. 104. Bened. loco relato nu. 95. vers. sexto casu.* & huc spectare videtur *Sfort. vbi supra. vers. tertius est.* 143

Verum hæc sententia defendi non potest.

Tum (1) quod illi refragetur *d.l. si te solum.*

Tum (2.) quod fatendo vtrumque institutum scilicet & substitutum habere testatoris voluntatem pariter: certi tamen iuris sit, priorem gradum præferri secundo, & potiorem esse voluntatem testantis in primo quam in secundo. *l. quamdiu. la 1. acquir. hæred. ita Socin. h. numer. 32. versic. secundus casus est, quando testator. in addit. nouissima.* sequitur *Trentacinq. d. cap. 9. num. 31.*

Sfortia *loco proxime relato* sex casus ex ordine refert, in quibus institutus & substitutus concurrunt: Quartus casus habet doctrinam Pauli Castrensis communiter damnatam, de qua supra memini quæstione secunda, circa regulam: Quod vnus casus vulgaris trahatur ad alterum: fallentia 4. De hoc autem casu, quem nunc retuli, ille ita scribit: Tertius est, quando quis fuit institutus sub vna conditione, & alius sub alia substitutus, videlicet, si Imperator venerit in Italiam. Nam vtraque conditione simul existente, vterque pro dimidia admittitur: allegat Fulgosium, Alexandum, Socinum: procul dubio voluit allegare Raphaelem Cumanum. Alexander autem & Socinus hanc doctrinam non ita, vt ille, sed eo modo, vt ego eam proposui, recitant.

d Si instituerit filium, & in casum emancipationis substituerit nepotem: filius postea emancipatus non quidem priuabitur hæreditate, sed cum nepote concurret.

Limita 7. in casu, quem annotauit *Chiffet. de substit. cap. 14.* d *circa princ. vers. eo igitur casu dari poterit. Loriot. de apicib. iur. tit. de substitut. axiom. 32.* qua de re paulo post circa secundum effectum videbimus. 144

Duarenus ad *tit. nostrum hic loco relato, vers. ex his nascitur quæstio.* illum etiam punctum attingit, quando quis sibi ipsi substituitur. De quo memini supra circa definitionem substitutionis.

SECVNDVS EFFECTVS vulgaris substitutionis.

Secundus effectus est, quod deficiente primo gradu, testamentum vires assumere potest à secundo gradu, id est, à substitutione vulgari. *l. 3. ad fi. ibi gl. & DD. communiter. supr. de liber. & posthum. Bart. h. num. 20. Imol. num. 8. Alciat. num. 112. Francisc. Ripa num. 161.* qui omnes communiter cum Bartolo pertransire ait. *Zas. num. 37. Canonistæ in c. Raynutius. ibi Benedict. verb. si absque liberis moreretur. el 2. in materia vulgaris, num. 96. ibi Couarru. §. 5. num. 5. vers. proxime annotatis. extr. de testam. Rolandin. de testam. part. 1. rubr. 23. n. 23. Loriot. de apicib. iur. tit. de substit. axiom. 31. DD. in tract. vulg. substitut. vt Bald. loquens in vulgari tacita. c. 1. n. 15. Sfort. q. 5. §. secũdus effectus. Zas. §. quintus effectus. Trentacinq. c. 10. n. 1. Chiffet. c. 14. Gras. §. substitutio. q. 10. Rolandin. de testam. rub. 23. n. 25. Ang. de testam. gl. 84. nu. 18. qui idem de tacita vulgari affirmant.* Estq; decidendi ratio aperta: quod secundus gradus substitutionis vulgaris nequaquam à primo gradu institutionis, aut eius validitate, sed potius ab eius defectu & inualiditate pendeat, vt *d. l. 3. §. fi. ibi gl. & DD. Gomez. d. c. 3. n. 14.* Intelligãtur autem hæc, quemadmodũ & omnes alii iuris articuli, cæteris paribus, si scil. is, qui testamentũ condidit, testari potuerit, & substitutio valida sit. 145

Nam

Nam tunc & non aliter à secundo gradu testamentum vires accipit. *Petr. Gregor. in syntagm. iuris lib. 42. c. 16. num. 2.*

Hic tamen iuris articulus omnium optime concinna distinctione explicari potest.

Aut enim expressa vulgaris, aut tacita est.

146 Ad expressam vulgarem quod attinet, sciendum, si ideo primus gradus institutionis non teneat: quia defectus est ex parte instituti: puta, si hæres esse nolit, vel nō possit, tum procul dubio testamentum à secundo gradu substitutionis incipere posse. *l. cum proponas. 3. C. de hæred. institu. Bartol. h. num. 28. Alciat. num. 113. 114. Zas. num. 39. vers. tertia conclusio Loriot. de apicib. iur. tit. de substitut. axiom. 31. Benedict. loco relato, num. 96. vers. secundo casu Zas. in tract. vulgar. substitut. §. quintus effectus. versic. secunda conclusio. Sfort. d. qu. 5. §. secundus effectus. vers. limitatur secundo. Fumaus num. 21. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 5. nu. 4.* dicens, hoc omnium consensu receptum, quod ab expressa vulgari testamentum vires accipiat. *Chifflet. d. c. 14. Trentacinq. d. c. 10. num. 5. vers. secundus casus. Gomez. dict. c. 3. num. 14. Graff. d. qu. 10. num. 2.* qui omnes hunc articulum multis exemplis illustrant.

147 Si autem primus gradus institutionis non teneat propter aliquem defectum ex parte instituentis, & is defectus in secundo gradu cesset: idem est, quod in membro præcedente, vt testamentum scilicet à secundo gradu incipiat. *Bart. loco relato. ibidem Zas. num. 38. vers. secunda conclusio. Chifflet. d. c. 14. ad princip.* Quod si non cesset is defectus in secundo gradu, substitutio concidit: puta, testator præteriit, vel absque iusta causa exhæredauit filium. Testamentum enim, quo ad institutionem & substitutionem, corruit: tantum abest, vt à secundo gradu instaurari possit. Ideo enim præteritus vel exhæredatus testamentum impugnat, vt faciat locum sibi, non alteri. *l. nam sub conditione. 5. & l. penult. de inoff. testam. Bart. h. num. 28. ibi Zas. num. 37. vers. prima conclusio. Benedict. loco relato, vers. primo casu. Petr. Gregor. in syntagm. iur. libr. 42. c. 16. num. 2. Zas. in tract. vulgar. substitutionis, § quintus effectus. vers. prima conclusio. Sfort. loco relato, vers. limitatur primo. Chifflet. d. c. 14. in princ. Trentacinqu. d. c. 10. num. 1. vers. circa primam conclusionem.*

Et hæc quidem Bartoli est distinctio circa vulgarem substitutionem expressam, cuius dicta communiter sequuntur DD. vt recte & vere scribunt *Socin. hic. num. 33. Ias. num. 54.*

148 Ad hoc membrum de substitutione vulgari expressa, etiam illa quæstio pertinet: si institutus in primo gradu possit esse hæres, sed non eo modo, quo defunctus voluit, vt quia fuit institutus suus vel necessarius, sed tempore mortis reperitur emancipatus vel manumissus, an institutioni vel substitutioni locus sit? atq; hoc Bartolus suum dubium esse dixit. Et distinguit inter voluntarias & necessarias substitutiones, vt qui necessario substituitur: puta, nepos, posthumus, admittatur excluso filio instituto: ac proinde testamentum à secundo gradu vires capiat, si filius ante aditionem emancipetur. e *arg. l. Gallus. §. & quid si tantum supr. lib. & posth.* Aliud autem esse putat in substitutione voluntaria: quum status mutatio non auferat ius institutionis, vt est expressum in *l. si* f *paterfamilias. 40 supr. tit. præced. §.*

e Casus mortis filii & ignis atq; aquæ interdictionis, qui parantur casui emancipationis. At filio mortuo, aut aquæ ignisq; interdictionem passo, testamentum à secũdo gradu incipit.

Ergo idem erit, filio emancipato. Respon. Ex puris particularibus nihil sequi. Comparantur præcitati casus non in omnibus, sed hactenus, vt posthumus nepos institui possit. Ea enim de re is textus agit: Estque sententia: quemadmodum in casum mortis aut deportationis nepos recte institui potest: ita idem esse de casu emancipationis. Non autem inde sequitur, vt, mortuo vel deportato filio, in solidum nepos succedit: ita idem, filio emancipato esse.

f Nihil ibi nocet seruo, quo ad acquisitionem, si statum mutet, & liber fiat: imo tum maxime sibi acquirit: quemadmodum non nocet, quo ad acquisitionem status mutatio, si seruus fiat: quia domino acquirit.

ted. § *fin. Instit.vulg.subſtit. ita Barth. Socin.num.29.* cum quo tranſeunt communiter DD. nihil addentes eius dictis, vt teſtatur *Iaſ. num.54.55.* vbi ipſe tres concluſiones ex doctrina Bartoli elicit. *Socin.num.34. Zaſ.num.40.verſic.quarta concluſio. Bened.vbi ſupra num.97. Sfort.de ſubſtitut.vulgar. loco relato, verſ. hac tamen vera. Trentacinq.d.c.10.num.7.vſq. 14. Graſſ.d.q.10.num.3.*

Sed obſeruandum, ea, quæ Bartolus de neceſſaria ſubſtitutione dixit, 149
iure defendi non poſſe. Nam ſi vera eſſent, emancipatione tolleretur inſtitutio: quod *d.l.Gallus* § *fin.* non admittit. Emancipatio enim etſi ius ſuitatis tollat, minime tamen inſtitutionem irritat. Neque iuuat Bartolum *text.d.*§.*& quid ſi tantum.* in quo, etſi nominatim concepta fuerit inſtitutio poſthumi nepotis, in caſum emancipationis filii, emancipatus tamen filius ſemper adire poterit, neq; priuabitur hæreditate, vt det locum poſthumo: Quinimo vterq; admittetur. ita *Loriot. in apicib. iur. tit. de ſubſtitut. axiom.31.32.* Idem totidem verbis tradit *Chifflet.d.c.14.*

Circa vulgarem tacitam, quæ in pupillari expreſſa continetur, ſic por- 150
ro ex mente DD. diſtinguendum.

Aut ſubſtitutio pupillaris, ſub qua vulgaris tacita continetur, facta eſt iam nato aut ventri. Si iam nato, tum aut pupillus decedit poſt mortem teſtatoris, aut viuo adhuc teſtatore.

Ad primum caſum quod attinet, quando ſcilicet poſt teſtatorem *g* pupillus decedit ſine aditione ex primo gradu, exiſtimarunt aliqui, quod teſtamentũ hoc caſu non ſumat vires à tacita vulgari, ita *gl. Dyn. Rayn. l. apud Iulianum.*§.*idem Iulianus.infr.ad SC.Trebell.* & plures alii, per quatuor fundamenta, quæ refert *Socin. h. num.35.* quibus ex Theophilo in princ. *de pupill. ſubſtitut.* hoc addi poteſt: Quod in filio vno duntaxat, in caſu vulgari ſubſtitutioni locus ſit, ſi videlicet ante patrem teſtantem decedat: aliud, ſi ante filium decedat pater: quum tunc ſtatim patri fiat hæres, neq; abſtinendo nomen hæredis ponat. atq; ita tenet *Loriot. loco relato, axiom.32.33.*

g Vide quæ dixi ſupra quæſtione ſecũda, ad regulam: q pupillaris expreſſa vulgarem tacitam contineat: *ampl.2. ad fin.* & quæ notata ſunt infra, circa effectu 4 *huius vulgaris ſubſtitutionis.*

Contrariam tamen ſententiam, quod, filio expreſſim abſtinẽte, vulgari tacitæ locus ſit, & ab ea teſtamentum vires accipere poſſit: poſt *Guilh. de Cumo & Oldradum* tenet *Bart. h.num.30.31.32.* *Alex.num.31.* qui hanc veriorem eſſe teſtatur. *Socin. num.35.* dicens, etſi Dyni ſententia in puncto iuris defendi poſſit, tamen hanc eſſe communem *Iaſ. num.57.* qui ait, cum Bartolo communiter tranſire cæteros omnes. *Alciat.num.115.* vbi hanc eleganter defendit, & communem atque veram eſſe teſtatur. *Zaſ. num.41. verſic. quinta concluſio. DD in d.c. Raynut. ibi Bened. loco relato, num.98.* communem dicens, & ibi *Couarr.*§.*5. num.5. verſ. ex proxime annotatis.* vbi ait, hanc ſententiam obtinuiſſe, quod teſtamentum poſſit incipere à tacita vulgari, quæ poſt mortem teſtatoris apparet, pupillo repudiante. *Zaſ. in tract. vulg.ſubſtitut.* §. *quartus effectus. verſ. ſecunda concluſio.* qui teſtatur hanc ſententiam, quantum ex DD. lectione compererit, non admodum controuerti, nec diſſentit in terminis noſtris, filio ſcilicet expreſſim repudiante, *Sfort.loc.relato, verſic. item in tacita vulgari.* ipſe quoque hanc communem eſſe dicens. *Chifflet.d.cap.14.verſ. tractatur deinde. Trentacinq.d.c.10.num.14.cum ſequentib. maxime num.17. verſ. quorum primus eſt.* vbi tamen ipſe in ſeqq. alios quoque caſus examinat. *Graſſ.d.q.10. nu.4.* & plura adducta ſunt ſupra *q.2. circa regulam, quod pupillaris expreſſa tacitam vulgarem contineat. ampliatione 2.*

Tum (1) quod par ſit tacitæ & expreſſæ ſubſtitutionis virtus: quare ſicut expreſſa vulgari hic ſubſtitutus admitteretur: ita & ex tacita recipiendus eſt. *Alciat.h.nu.115.luculente Mant.de coniect. vlt.vol.lib.5.tit.5.per tot.*

Tum

Tum (2) quod pupillaris expressa regulariter trahatur ad vulgarem tacitam: à qua regula casus noster, quando scilicet filius expresse abstinet, in iure non excipitur, vt communiter DD. visum est. *Chifflet. d. c. 14.*

Tum (3) quod pupillaris quidem requirat aditionem, quum longe aliud in vulgari tacita sit, quæ sub ea continetur. *Bart. loc. relat.*

Ad fundamenta autem opinionis contrariæ respondent *Barth. Socin. Alciat. Chifflet. & Trentacinq. locis relatis.*

151 Hoc autem membrum amplia, vt procedat, etsi substitutus impuberi filio, sit de liberis testatoris, nec alias reperiatur institutus. Nam & tunc à tacita vulgari testamentum incipit, vt notat *Imol. in l. si pater filium. 26. per illum textum. numer. 2. infr. vulg. & pupill.* & hanc communem esse ostendit *Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 5. num. 7.*

152 De secundo casu, quando scilicet viuo patre, filius moritur, maior quam de præcedente altercatio est, vsque adeo vt *Zas. in tract. vulg. substit. §. quintus effectus. vers. secunda conclusio.* scriptum reliquerit, facilius Nili fontes, quam huiusce nodi extricationem inueniri posse.

Tres enim opiniones circa hunc punctum referunt *Socin. h. num. 36. & Couarru. d. §. 5. numer. 5. vers. ex proxime annotatis.* quibus quartam addit *Ias. num. 58.*

Et *gloss.* quidem atque *Dyn. h* in *l. quod si filius 11. infr. capt. & postlim reuers.* existimant, in nostra quæstione non solum pupillarem expressam, sed & vulgarem tacitam expirare, per illum textum, & per plura alia fundamenta: de quibus per *Socin. & Trentacinq. d. c. 10 num. 18. cum seqq.* quam communem DD. opinionem esse dicunt *Aretin. h. & Socin. loco relato,* licet *Alciat. num. 121.* id falso ab illis dici attestetur.

h Pro hac sententia, quod ex tacita vulgari, quæ, viuo patre testatore, apparet, testamentum vires non sumat, multa solent adduci fundamenta. Præcipua hæc sunt. I. In *l. quod si filius.* dicitur, si filius ante (patrem captiuum) moriatur in ciuitate, nihil est, quod de tabulis secundis tractari possit, &c. Et per consequens, nulla vulgaris tacita locum habet. Respon. Esse fallaciam figuræ dictionis, appellatione (1) secundarum tabularum pupillarem tantum venire constat: & (2) aliud est omnem de secundis tabulis excludere tractationem, id est, dubitationem: (vt ille textus loquitur) aliud tabulas secundas excludere: quod egregie exponit *Chifflet.* hic relatus. II. Vitiato expresso, vitiatur tacitum, &c. Respon. Ex puris particularibus nihil sequitur. Vitiato expresso, vitiatur tacitum, id est, illud, quod sese habet ad expressum per modum sequelæ, vel partis subiectiuæ. At vulgaris tacita venit sub expressa, non vt accessorium, aut vt pars, sed æque principaliter, propter iuris interpretationem.

Bart. autem *h. num. 36.* distinguit: vtrum statim post pupillum decesserit pater, ita quod testamenti mutandi facultas non suppetierit: quo casu substituto locum esse censet: aliud, si diu post filium decesserit. Quam Bartoli limitationem omnes fere reprobare dixit *Alciat. h. nu. 122. & Couarr. loco relato, vers. secunda hac in dubitatione.* vbi hanc refellit.

Denique *Accurs. in l. lex Cornel. 28. verb. non existimo. & verb. duodecim tabularum. infr. eod. tit. de vulg. & pupill. substitut.* tenet, substituto locum esse. Hanc veram *Alex. h. num. 32.* veriorem & tenendam, reiectis omnibus aliis opinionibus, *Ias. num. 58.* atque receptissimam *Alciat. num. 120.* dixere, de qua *Socin.* per 7. columnas latissime disserit. *Benedict. d. cap. Raynut. loco relato, num. 99. ibi Couarr. d §. 5. vers. tertia est sententia.* qui hanc communem appellat. *Zas. in tract. vulg. substitut. loco relato, Sfort. loco relato, vers. limitatur tertio.* vbi Bartolum quidem probat: sed hanc sententiam magis communem esse testatur. *Chifflet. d. cap. 14. versic. item quæritur vtrum pupillari. Trentacinq. d. cap. 10.* qui eandem sententiam magis communem & receptiorem esse ait, à qua recedendum non sit. *Graff. d. qu. 10. num. 4. vers. aut vero pupillus.* Quibus ea addantur, quæ supra qu. 2. circa præcitatam regulam, ampl. 3. annotata sunt.

Tum (1) per textum, quem ad hoc expressum dicit *Chifflet. loco relato, in l. Thais. 41. §. Spandophorus. i de fideicom. libert.*

i Ibi filia instituta impubes, viuo adhuc patre, decessit: dixit Scæuola, ex substitutione Seiũ hæredem extitisse. Ergo a vulgari vel expressa, vel tacita, quæ viuo adhuc testatore apparet, testamẽtum vires capere potest.

k Expressa vulgaris sustinet testamentum. Ergo idem in tacita.

Tum (2) quod *Theophilus loco relato* scripserit, vulgari locum esse, si filiusfamilias ante patrem decedat. Vt proinde de hoc casu frustra DD. dubitasse videantur: & ille minus dubii quam præcedens habeat, *Loriot. vbi supra axiom. 32.*

Tum (3) quod taciti *k* & expressi eadem virtus sit: & tacita vulgaris sub expressa pupillari, non virtute verborum, sed legis potestate, etiam contra verba pupillaria veniat. Ergo in casu hoc nostro vulgaris potenter operabitur: quum lex parem videatur habere causam super tacita vulgari, in vno loco, sicut in alio disponendi. Deinde vitiata expressa pupillari, non debet vitiari tacita vulgaris: quum non veniat accessorie, sed æque principaliter. Ita *Alciat. Zas. Trentacinq. locis relatis.*

Ad textum autem *d. l. quod si filius. Alciat. & optime Chifflet.* ad alia fundamenta *Trentacin. loco relato*, post alios respondit.

Huic autem articulo, si institutus moriatur viuo testatore, vicinus *l* 153
is iuris punctus est, si testator instituat aliquem, qui tempore testamenti mortuus fuit. Quemadmodum enim priori casu institutio est in causa quasi caduci, & substituto locus fit: *l. vnic. §. pro secundo. vbi DD. C. caduc. toll.* Ita & hoc posteriore casu institutio censetur pro non scripta, & non minus atque in priore substitutus admittitur *l. vnic. §. in primo itaq; ordine. C. caduc. toll. Ias. h. num. 53.*

l Tribus modis relicta deficiebant.
I. Si illi aliquid relinquebatur, qui ante testamentum in rerum natura esse desiit, hoc ignorante testatore.
Hæc relicta erant pro non scriptis, & manebant apud hæredem; nisi vel substitutum vel coniunctum testator dedisset.
II. Si aliquid illi relinquebatur, qui post testamentum quidem, sed viuo testatore, moritur: vel conditio: sub qua relictum fuit, defecit: id quasi caducum erat, idem iuris fuerat statutum.
III. Vel mortuo iam testatore, relictum deficit: hoc erat vere caducum. De hisce videatur *l. vnic. §. & quum triplici. C. caduc. toll.* Hinc intelligimus quo pacto ea, quæ pro non scriptis sunt, iis, quæ quasi caduca dicerentur, adfinia essent. Nam idem ius de vtrisque statutum fuerat.

Vnde ille porro infert, si substitutio fiat illi, qui plane institutus non est, tamen valere substitutionem, *gl. fin.* communiter approbata in *l. ex facto. 19. ibi DD. supr. tit. 1.* non quidem in vim substitutionis, vt aliqui perperam docuerunt, nihil referre existimantes, vtrum dispositio in vim substitutionis an institutionis conditionalis sustineatur, quorum numero sunt *Socin. h. nu. 13. Ias. num. 53.* sed in vim institutionis conditionalis: quum omnis substitutio institutum præcedentem prærequirat, vt ad principium 3. quæstionis præcedentis annotatum fuit: & ita *Bald. Paul. de Castro & Imol.* docuerunt *d. l. ex facto.* quos sequitur *Trentacinq. d. c. 10. num. 6.*

Glossa enim in textu ibi de substituto nullam quæstionem proponi contendit: cuius sententia communiter recepta est, quanquam alium textus sensum, & proinde substitutum ibi omnino excludi, perspicue doceat vera textus lectio, de qua videatur *Gouean. lib. 2. lect. iur. ciu. c. 16.* Addatur & *Chifflet. de substitut. c. 12.*

Tertius & vltimus casus est de ventre instituto, quem *Alber. de Rosat. ad* 154
rubr. hic. num. 25. se de facto vidisse testatur: puta: Quidam habebat vxorem, quam credebat prægnantem, & ita disposuit: *filium meum nasciturum ex ventre vxoris meæ hæredem instituo: & si hæres erit, atque in pupillari ætate decesserit, Titium substituo.* Filius non nascitur: in quæstionem venit: vtrum substitutus ex tacita vulgari, sub pupillari comprehensa, admittatur, an non? Et *Bart.* quidem *h. num. 33.* distinguit: sed *Alberic. de Rosat. loco relato,* substituto locum esse: & testatur, se vidisse hanc opinionem obseruari in facto de consilio plurium peritorum, *Barth. Socin. h. num. 37.* qui ait, plerosq;

moder-

modernos tenere contra Bartolum: quod tacita vulgaris locum habeat indistincte, per notata in quæstione præcedente, quæ non differat ab ista. *Alex.num.33.Ias.num.35.* qui pro hac eadem sententia Baldum, Angelum, Imolam laudat, & vltra textus, duas rationes pro hac parte adducit. *Alciat. nu.123.* qui hanc opinionem quinq; modis ampliat. *Bened. loco relato, nu.100. Trentacinq.d.c.10.num.22.Graff.d.q.10.num.* m *4.ad fin.* Et hæc est nobilis illa & vetus quæstio, inter Grassum & Scæuolam, in centumuirali iudicio Curiano agitata, & pro Crasso contra Scæuolam decisa, vt proinde post Diuorum fratrum constitutionem, de qua in *leg. iam hoc iure. infr. eod.* ociosa Bartoli dubitatio & distinctio sit, vt recte monuit *Chifflet. de substitut. qu.14. ad fin.* Qua de re ea, quæ supra quæstione 2. circa vltimum exemplum vulgaris tacitæ annotata fuere, recognoscenda hic erunt.

m Ille, proposita hac nostra quæstione, respondet indistincte, substitutum admittendum, & ait ita tenere Bartolum: apparet illum non inspexisse doctrinam Bartoli.

TERTIVS EFFECTVS.

155 Hactenus de effectibus duobus vulgaris substitutionis disserui: Restat, vt veniamus ad tertium: quod vulgaris contineat pupillarem: vbi etiam explicabimus illam insignem iuris quæstionem: Num hæc tacita excludat matrem impuberis? & quæ sit sententia Constitutionis Electoris Saxoniæ part.3. tit.8. Illa enim constitutio partim huc ad tacitam scilicet vulgarem, partim & quidem præcipue ad vulgarem expressam pertinet.

Tertius effectus vulgaris substitutionis est: quod sub ea contineatur tacita pupillaris. *l. iam hoc iure. ibi DD. infr. eod l. quamuis.4. C. impub. & aliis substitut. Bart. h. num.34. Alex. num.38. Socin. num.38. Zas. num.31. DD. in d. cap. Raynut. ibi Benedict. loco relato, num.103. Rolandin. de testam. rubr.23. nu.28. vers. tertius effectus. Zas. in tract. vulg. substitutio. §. sextus effectus. Leon. num.113. Sfort. d.q.5. vers. tertius effectus. Fumaus num.55. Trentacinq. c.11. Chifflet. c.15. Menoch. de præsumpt. lib.4. tomo 1. præsumpt.36. nu 1. & 12. Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib.3. interpr.1. dub.6. solut.5. num.55. Graff. d. §. substitutio. q.11. num.1.*

Amplia hanc sententiam 1. vt procedat, etiamsi vulgaris sit concepta in vnum tantum *n* casum, vel specialem, puta noluntatis, impotentiæ, vel indiuiduum, sub casu impotentiæ contentum. Nam & tunc vulgaris pupillarem continet. textus est insignis in *l. fin.* quem *o* Bald. ibi atq; moderni alibi non reperiri testantur. *Castr. num.2. Ias. num.1. Dec. num.2. C. institut. & substitut. Bart. hic. num.36. ibi Alex. num.36. Socin. num.38. Benedict. loco relato, num.105. vers. secundo ampliatur. Gomez. tomo 1. c.4. num.8. Mant. de coniect. vlt. vol. lib.5. tit.13. num.17. Sfort. d. §. tertius effectus. vers. ampliatur secundo. Menoch. d. præsumpt.36. num.13. & 14. Graff. d. q.11. num.2.*

n Id est, nō tantum vulgaris, quæ conficitur per verba generalia (*Si hæres non erit*) sed etiam quæ concipitur per verba specialia, aut indiuidua.

o Bald. ibi num.5. notabilis, inquit, est hæc lex, quod non solum tota species vulgaris substitutionis (id est, facta per verba, *si hæres non erit.*) continet tacitā pupillarem: sed etiam pars (vt ita dixerim) speciei, vnde capitulum *si hæres esse non poterit* continet tacitam pupillarem.

156 Amplia 2. quando imparibus personis, puta, puberi & impuberi, aut filio impuberi & extraneo separatim, id est, in diuersis orationibus substituitur. Nam etsi impares personæ, quæ in vna oratione coniungūtur, tanquam vna persona & vnum corpus considerentur, & in vnam qualitatem redigi intelligantur: Vt proinde tali casu dictum in vno, censeatur repetitum in alio, & sub vulgari pupillaris minime contineatur: Quum vna determinatio multa determinabilia respiciens, ea determinet æqualiter *d. l. quamuis.* vt in præcedentibus quoque circa exegesin *d. l. iam hoc iure. versic. incongruens enim videbatur. & vers. hoc itaque casu.* annotatum fuit: Aliud tamen est, quando substitutio separatim cuilibet fit. Tunc enim de qualibet dispositione, vt de dispositione separata iudicatur: & hæredes substituti, vt diuersæ personæ considerantur.

Quare inconueniens non est, vt diuersæ qualitates spectentur in eis, vt

scilicet in persona impuberis substitutio vulgaris pupillarem quoq; contineat, etsi in puberis vel extranei persona aliud sit. Ita sensit *gl. Rayner. Iac. Butrig. Bald. Ang. Fulgos. Paul. de Castr. in d. l. quamuis. gl. d. l. iam hoc iure.* quam sequuntur *Dyn. Bart. Bald. Imol. Paul. de Castro, Alber. de Rozat. h. num. 2. Socin. numer. 38. Zas. num. 12. Alciat. num. 138.* dicens contrariam Petri opinionem non esse receptam. *Dec. l. in testamento. num. 7. C. milit. testamen. Zas. in tract. vulgar. substit. §. sextus effectus. versi. quinto limitatur.* dicens communem. *Leon. numer. 119. 120. Sfort. d. q. 5. §. tertius effectus. vers. secundo si testator.* qui hanc communem dixit. *Trentacinq. d. c. 11. num. 5. vers. vnde quum superius fundamentum.* qui ait, hanc esse veriorem & communem opinionem, quam omnes Itali teneant. *Menoch. d. præsumpt. 36. nu. 33. vsque 42.* qui hanc latissime defendit. Pro qua est textus in *d. l. iam hoc iure. vers. sed si alter. ibi communi verbo à contrario sensu. & vers. hoc itaque casu.* p etsi contrarium teneat *Petr. Iacob. de Rauenna, Vltramontani, & inter illos Cyn. in d. l. quamuis.* Quorum fundamentis *Menoch. & Trentacinq.* sufficienter respondere.

p Sicut pupillaris ibi peculiariter in diuersa oratione facta, continet vulgarem tacitam, nō obstante personarum inæqualitate: Ita idem est in vulgari expressa, separatim facta, vt illa pupillarem contineat, personarum inæqualitate nihil obstante. Imo facilius continet vulgaris pupillarem, quam econtra.

Amplia 3. vt idem sit, si testator duos impuberes filios habet, & vni vulgariter, alteri pupillariter substituerit. Nam hoc casu & pupillaris expressa vulgarem tacitam, & vulgaris expressa pupillarē tacitam continet. Neque enim à regula facile est recedendum. *Socin. h. nu. 38. vers. decimo & vltimo. Sfort. d. §. tertius effectus. vers. tertio si testator.* Atq; hæc fuit sententia Guilhelmi de Cumo, quam qu. 2. post exegesin *d. l. iam hoc iure.* circa regulam: quod pupillaris tacitam vulgarem contineat: fallen. 3. multis rationibus comprobauimus: etsi contrarium teneant post alios *Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 4. nu. 2. & tit. 14. num. 25. vers. quinta est. Zas. in tract. vulg. substit. §. sextus effectus. vers. tertio fallit. Trentacinq. de vulg. substitut. d. c. 11. nu. 6. & Chifflet. c. 15. vers. tertia exceptio. Menoch. d. præsumpt.* q *36. num. 29.* 157

q Notetur: Menochium ibi exemplū & thema nostro simile proponere, et si exceptionem de patre ꝓponat, qui duos impuberes habens, vni vulgariter tantum, alteri vero vulgariter & pupillariter substituerit. Ego non recedo à regula, maxime si illis impuberibus vna oratione ita sit substitutum.

Amplia 4. vt expressa vulgaris non tantum pupillarem, sed & exemplarem tacitam sub se contineat: Bart. in *l. ex facto. num. 23. inf. eod. Benedict. loco relato, num. 112.* Quam sententiam eleganter explicat *Menoch. de præsumpt. lib. 4. tomo 1. præsumpt. 41. per tot.*

Limita hanc sententiam 1. quādo testator expresse contrarium dixerit, & protestatus est, quod nollet in expressa vulgari contineri pupillarem tacitam. *d. l. iam hoc iure. d. l. quamuis. ibi DD. l. in testamento. ad fin. C. de testament. Bart. h. n. 34. Socin. nu. 38. vers. primo limitat. Alciat. n. 136. Zas. de substitut. vulg. §. sextus effectus. vers. tertio fallit. Mant. de coni. vlt. vol. lib. 5. tit. 14. nu. 9. & 10. Menoch. d. præsumpt. 36. n. 15.* Quæ cōtraria voluntas probatur per duos testes: r quum 158

r Vulgaris non continet pupillarem, si testator expresse contrarium dixerit, id est, extra testamentum, vel ante confectionem, vel post confectionem eius. Hisce enim modis testamentum declarari posse summo consensu nostri D.D. statuunt, & dicetur, Deo volente, infra circa hunc effectum in fallentiæ quintæ sublimitatione secunda. Quærunt DD. quot testibus hæc contraria voluntas testatoris probari possit. DD. respondent ad nostram quæstionem, contrariam voluntatem testatoris per duos testes probari. Nam etsi isto casu vbi testator aliquid mutat, & noui disponit circa testamentum iam conditum, non minus atque ab initio septem testes necessarii sint: *l. heredes palam. §. si quid post. supr. de testam.* Tamen aliud est in declaratione & emendatione simplici, vbi duo sufficiunt: quum is, qui declarat, nil noui faciat: sed id, quod iam factum est, aut dictum obscurius, in lucem magis proferat. Hæc DD. nostri ad præsentem materiam accommodantes, eum, qui extra & post testamentum protestatur, se nolle, vt sub vulgari pupillaris contineatur, nil mutare, aut noui facere, sed declarare tantum dicunt. Non nego, hanc esse receptiorem, à qua in praxi recedendum non sit: sententiam tamen eorum, qui existimarunt, septem testes hic desiderari, si post testamentum factum talis protestatio fiat, tanquam veriorem magis probo. Nam duplex est declaratio, propria & impropria. Propria declaratio est, quæ eo tendit, vt euidens & clara reddatur dispositio testatoris iam facta, quæ obscura erat. Vt, si institui Titium, & duo sint eius nominis, possum enim declarare, de quo senserim. Plura exempla proponit IC. in *d. § si quid post.* Impropria declaratio est, quæ respicit dispositionem per se certam. Eam si testator aliter declarare velit, requiruntur septem testes: quia illa declaratio est aut noui iuris concessio, aut iuris iam concessi ademptio. Ita *Dominic. de Magdalen. in tract. de numero testium in testam. requis. par. 1. c. 30. n. 11.* Vt si testator faciat impuberi vulgarem: hæc certa & clara est dispositio, continens sub se pupillarem, idq; iuxta communē & receptissimā sententiam ab initio, etsi Petrus dissentiat, vt suo loco videbitur. Si certa est hæc dispositio, negari nō poterit, testatorē, qui postea protestatur, se nolle, vt sub vulgari veniat pupillaris, non declarare, sed mutare potius: atq; de adimenda substitutione tractare.

quum hæc probatio tendat ad declarationem voluntatis testatoris. DD. in *d.l.quamuis.ibi Bald.num.1. Salycet.num.4. Alex.num.2. Iaf.num.1. verf.primo nisi appareat. Barth. Socin. h.num.38. Bart.in l.2.in princ.nu.39.* vbi eum sequuntur reliqui *infr.eod. Gabr.Rom.lib.6.recept.concl.tit.de reg.iur.reg.3.num.30.verf. primo amplia. Bened.loco relato, in materia vulgaris, num.107. & in materia pupillaris, num.89. Mant.d.tit.14.num.11. & 12. & tit.15.nu.3. & 9.* qui vtrobiq; hanc magis receptam dicit. *Menoch.d.præsumpt.36.num.15.16.*

Contrariam tamen sententiam, quod scilicet post testamentum, tali protestatione *s* emissa, septem testes necessarii sint, tanquam veriorem probauit *Dec.in d.l.quamuis.nu.1 & in conf.315.nu.4.verf.quarta & vltima. Loriot. de apicib.iur. tit. de substitut.axiom.14.* pro cuius comprobatione, ea huc repetenda erunt, quæ supra q. 2. ad regulam: Quod substitutio pupillaris expressa tacitam vulgarem concernat fallen.15. dicta sunt.

s Si ante testamentum, aut in ipso actu testamenti, talis protestatio fiat, defendi communis poterit.

Huc referunt DD. illum casum, si testator limitatiuo & taxatiuo verbo vtatur, & dixerit, se substituere eo tantum casu. *Alex.h.num.34. Socin.numer.38.verf.octauo limita. Alciat.num.136. & 137.* qui hanc sententiam explicat. *t Benedict. loco relato num.108. verf.tertio. Zaf.in tract.vulg substit § sextus effectus.verf.secundo fallit. Sfort.d §. tertius effectus.verf. limitatur autem primo. Vasq.de success.progress.lib.2.§.16.num.51. Mant.d.tit.14.nu.23.24. Menoch.d.præsumpt.36.num.19. Graff.§.substitutio.q.11.num.5.*

t Idem disputat de similib. particulis taxatiuis, tunc, eo casu, puta, ita dixit testator: *Instituo filium, & si hæres non sit: hoc tantum casu substituo, &c.*

159 Fallit 2. vt idem, quod in præcedente exceptione iuris fit, quando vel de tacita solum voluntate testatoris sufficienter constat: puta, si duobus filiis imparibus testator reciproce substituit: *d. l. iam hoc iure.* vel si dispares personas, puberem scilicet & impuberem, aut impuberem & extraneum instituit, & eis simul vna oratione vulgariter substituit. Nam æqualitatis conseruandæ vna determinatio plura determinabilia derminat æqualiter. *d.l. quamuis. ibi DD. communiter. Bart.h.num.34. ibi Socin.nu.38. verf. secundo limitat. & verf. quarto limitat. Alciat.num.135. & 138. Zaf.num.31. verfic. secundo fallit. & verf. tertio fallit. Zaf.in tract.vulg substitut.§ sextus effectus.verf. quinto limitatur. Chifflet.cap.15. verfic.altera constitutionis exceptio. Sfort.d.§.tertius effectus. verfic. & primo. Trentacinq. d. cap.11. num.3. Benedict. vbi supra in materia vulgaris, num.106. & in materia pupillaris num.103. Mant.d tit.14.nu.15. verf.secunda. Menoch.d.præsumpt.36.nu.28. verf.declaratur quarto. Graff.§.substitutio. q.11.num.6.7.8.*

u Ille nouam distinctionem habet.

160 Referunt huc DD. alios casus, in quibus tacite de testatoris voluntate constat: puta, 1. si ei fiat vulgaris, cui pupillaris fieri nequit. *Petr. Gregor.in syntagm.iur.lib.42.c.16.num.10.* 2. si statutum sit, vt testamenta intelligantur secundum literam. *Alex.h.num.35.ibi Socin.num.38.verf.nono limita. Alciat.* u *num.143. Sfort.loco relato, verf. quarto si statuto caueretur. Benedict. loco relato, in materia vulgaris, num.108. verf. tertio.* Late hunc punctum declarant & explicant *Mant.de coniect.vlt.volunt.lib.5.tit.14.num.26.cum seqq. Menoch.d.præsum.36.num.42.verf. declaratur septimo.vsq. ad nu.50. Trentacinq. in materia vulgaris, c.1.nu.15. & c.11.nu.2. & nu.11. Graff.d.q.11.num.9.* Quibus ea addantur, quæ supra circa quæstionem secundam, ad regulam: quod pupillaris expressa vulgarem tacitam sub se contineat: *fallen.11.* annotata sunt. 3. Si ex verbis prolatis manifeste appareat, testatorē de bonis suis *x* tantum

x Huic sententiæ, quod ex verbis, quibus testator indicat, se de suis bonis disponere, iudicandum sit, illum noluisse, vt sub vulgari contineretur pupillaris: duo obstant: 1. Quod verba, quibus testator indicat, substitutū hæredi succedere debere, nō noceant vulgari. *l. fin. C. hæred.instit.* 2. Quemadmodum nec illa verba pupillarē infringunt, si testator substitutum sibi hæredem esse velit. *l. si ita. 8.§.1. infra bonor. possess. secund. tabul.* Quæ allata sunt *supr.q.3.verf.primum exemplum.* Responderi potest: Si ex substantialibus actus, aut aliunde clare constet, qualem substitutionis formam testator fecerit, tum bene est. Nihil enim curamus verba contra mentem testatoris. Ita loquuntur iura præcitata. Si autem actus dubium recipere, & ad plures formas sese habere possit, tum verba diligenter spectamus. Ita vulgaris continet pupillarem, nisi refragetur mens testatoris. Quare quum hæc sententia dubium recipere possit, verba diligenter inspicimus.

tantum disponere voluisse. *Menoch. d. præsumpt 36. num. 52. & præsumpt. 54. nu. 22. 23.* 4. Si ad suum testamentum se testator restringat: puta, ita dicendo: *si ille hæres non erit, substituo Caium, ne meum testamentum reddatur caducum. Zas in tract. vulg substitution. § sextus effectus. vers. tertio fallit.* At quum testamentum paternum viribus consistat, siue vulgaris, siue pupillaris casus existat, exemplum hoc Zasianum iure defendi nequit.

Fallit 3. quando ipse testator expresse in vtrumque casum prouidit, & hæredi vulgariter & pupillariter substituit. *Bart. hic. num. 35. Socin. num. 38. vers. quarto limita. Zas. num. 31. vers. secundus effectus. Alciat. nu. 137. Zas. de vulg. substitut. §. sextus effectus. vers. quarto fallit. Trentacinq. d. c. 11. num. 11. Menoch. d. præsumpt. 36. num. 17. vers. declaratur secundo.* 161

Benedict. loco relato, num 108. aliam fallentiam habet, quãdo vulgaris ab initio nulla est, vt si filio impuberi substitueretur spurius.

Fallit 4. quando testator ita disponit: instituo filium, & si hæres non erit, vel hæres erit, & impubes decesserit, substituo Titium per fideicommissum. *Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 14.* y *nu. 14. Menoch. d. præsumpt. 36. num. 51. vers. declaratur nono.*

y Est decisio Ruini, non longe recedẽs à priori fallentia.

Fallit 5. quando mater pupilli est in medio, & filii hæreditatem vult acceptare. 162

Etsi autẽ interpretes circa hunc difficilem iuris punctum, in varias sectas distrahantur, vsq; adeo vt in illo non conueniant neq; vetustiores, neque qui eos postea secuti sunt: duæ tamẽ principales opiniones habentur.

Accedimus nunc ad operas huius anni, qui vt orbi Christiano & cumprimis Ecclesiæ CHRISTI in hoc mundo hospitanti, & nobis omnibus felix sit atq; salutaris, faxit Filius DEI.

Dixi nuper, tertium effectum vulgaris substitutionis esse, quod contineat substitutionem pupillarem.

Hic incidimus in difficilimum articulum, quid iuris sit, matre pupilli in medio existente: vtrum mater vincat substitutum ex pupillari tacita venientem: an vero à substituto vincatur.

Duæ sunt principales opiniones.

Prior, quod substitutus vincat matrem, in puncto iuris verior.

Altera pro matre receptior.

Prior sententia hisce nititur fundamentis.

1. Regulâ iuris: quod vulgaris trahatur ad pupillarem. Huic regulæ tantisper standum, donec doceatur de exceptione. At nullam legem ex vniuerso iure adducere poterunt contrariæ opinionis propugnatores, quo exceptio probetur, nisi quod textum *d. l. precibus.* allegare solent: cuius tamen longe alia sententia est.

2. Fundamentum deduco ex *d. l. precibus.* in quo tamen, vt iam monui, omne præsidium aduersariorum est. Et fatendum, verba textus contrariæ opinioni fauere: sed recte perpensa nihil ad rem faciunt.

Ego textum hunc ita in aduersarios retorqueo.

Impp. z in *l. precibus.* agunt de iure certo & priuilegiato.

Sed (testibus ipsismet aduersariis) nullus textus est in vniuerso iure, præter *d. l. precibus.* qui probet, quod mater excludat substitutum, ex tacita pupillari venientem.

Ergo de hoc nouo & insolente iuris capite Impp. ibi non loquuntur.

Et per consequens, is textus ad hoc dogma trahendus non est.

3. Argumentum desumitur ex *l. fin. C. institut. & substitut.*

Si mater excluderet substitutum, ex pupillari tacita venientem: tum Papin. Vlpian.

z Nota, textus *l. precibus. Cod. de impuberum & aliis substitut.* dicit, ad te omnimodo pertineat eius successio. Hæc particula *omnimodo* trib. modis exponi potest. I Omnimodo, id est, nulla facta distinctione, pubesne an impubes decesserit? qua distinctione Imperatores in sequenti membro vtuntur. II. Vel omnimodo, id est, sine aliqua distinctione bonorum pupillarium & paternorum: quam iidem Imperatores circa vltimum textus membrum proponunt. III. Vel omnimodo, id est, in omnem euentum. Nam in quibusdam casibus vulgaris quidem continet pupillarem, sed ea effectum non habet contra matrem, vt est in casu, de quo Papinianus & Vlpianus dubitarunt: quorum dubitationem postea resecauit Imp. in *l. fin. C. de institut. & substitut. ibi,* bona pertinent ad matrem, sed non omnimodo. Nam si mater ad successionem venire aut nolit, aut non possit, substituto locus est. At hic ostendunt Impp. omnimodo successionem ad matrem pertinere, & omnia ad causam intestati reduci: quodque huius consequens est, nullam pupillarem vulgari hic inesse.

pian. & Imp. Iustinianus nunquam aut dubitassent, aut probabiliter dubitare potuissent, num mater cohæres filio data substitutum repelleret: quum hic casus minus dubius sit.

Sed dubitatum fuit hac de quæstione.

Ergo mater non excludit substitutum, ex tacitâ pupillari venientem.

Nota autem pro intellectu *d. l. precibus.* quod ibi (1) filius sub potestate militis (2) & patri hæres fuerit. Id ex rescripto Impp. satis colligitur.

Nam Impp. reprehendentes imperfectam mulieris consultationem, distinguendo omnes apices accuratissime persequi voluerunt, vt illa plenum atq; perfectum responsum ad omnes casus haberet.

At meminerunt Impp. de filio (1) sub potestate constituto: (2) qui patris hæreditatem sit amplexus. De (1) filio emancipato: (2) qui hæres factus non sit, nullam fecere mentionem: id minime omissuri, nisi illis ex facti narratione probe constitisset, & sub potestate patris filium, atque patri hæredem factum.

163 Prior hæc est, quod mater per tacitam pupillarem non minus atque per expressam à filii pupilli successione excludatur. *a* Huius sententiæ authorem facit Placentinum *Chifflet. de substitut. cap. 15. versic. est & alia. Raphael Fulgos. l. fin. C. institut. & substitut. Christoph.* b *Castel. in l. precibus. ibi Cato Saccus, Dec. in 4. notab. Curt. Iun. num. 26. C. eod. Thomas Chalanchus ad text. n. h. Vigl. in princip. Institut. pupill. substitut. Vacon. lib. 4. declarat. 63. numer. 10.* dicens contrariam communem opinionem falsam esse. *Vasqu. de success. progress. lib. 2. §. 15. num. 60. vsque 104.* vbi hanc veriorem esse contendit: & ad fundamenta contrariæ opinionis *num. 87. & seqq.* respondet. *Connan. lib. 10. commentar. iur. ciuil. c. vlt. num. 13. Paul. Leon. de vulg. substitut. num. 118. cum seqq.* vbi hanc sibi veriorem videri ait, & multis fundamentis corroborat, *Soarez in addit. ad Gomez. tomo 1. c. 4. num. 26. Chifflet. d. c. 15.*

a Cõmunis & præiudicata sententia est in contrarium: quod mater excludat substitutũ. Hic disputãdum erit de sententia Constitutionis Saxonicæ *part. 3. tit. 8.* De qua duo quæri possunt: I. An illa pertineat ad tacitam pupillarem, contentam sub vulgari. II. De legitima.

b Fuit Mediolanensis, subtilitatum princeps habitus.

Tum (1) quod par ratio expressi atq; taciti virtus regulariter ducatur: *l. cum quid supr. si cert. pet.* & regulæ *l. iam hoc iure. infr. eod. tit.* qua vulgaris ad pupillarem trahitur, standum sit, nisi de exceptione clare doceatur.

At pupillaris vel in specie *l. Papinianus. 8. §. sed nec impuberis supr. inoffi. test. c. si pater. de testam. in 6.* vel in genere expressa est, matrem pupilli excludit. *l. precibus. ibi: si vero substitutio. C. eod. l. Lucius.* c *45. infr. eod.*

Neq; valet euasio, quod taciti & expressi hic diuersa ratio sit: quum expressa ideo matrem excludat, quod de expressa testatoris voluntate constet: tacita autem ex legis interpretatione veniat. Nam responderi potest: quum vulgaris pupillarem contineat, voluntatem testatoris, qui aliud non disponit, cum iuris interpretatione videri congruere, vt in simili recte respondit *Couarr. ad c. Raynutius. §. 5. num. 5. vers. secunda hac in dubitatione. extr. de testam. & Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 6. num. 11.*

c Ibi impatib. personis reciproca facta, pupillarem nõ continet: Quare quum defecerit casus vulgaris, & ex pupillari succedi non possit: mater ab intestato decedit. Sequitur inde per argumentum à contrario sensu, si pares illæ personæ fuissent: sub reciproca pupillarem comprehẽsam matrem exclusuram fuisse. Et ita Bartolus textum summat.

164 Tum (2) quod nullus in vniuerso iure textus, præter *d. leg. precibus.* reperiatur, qui probet, quod mater filii instituti substitutum venientem per pupillarem tacitam excludat: *Ias. in l. 2. num. 32. infr. eod. Ias. in d. l. precibus. num. 9. ibi Dec. num. 13. Vacon. d. declarat. 63. num. 10. Chifflet. d. cap. 15.* Quare ne præcitata quidem *l. precib.* ad hoc adduci poterit: sed longe alium, quam communiter putetur, sensum habebit, quum disertis verbis Impp. ibi testati sint: illum articulum, de quo circa primum substitutionis casum, rescribunt, non esse incerti iuris. De certo ergo iuris capite, quod ante illos Impp. prudentum responsis, aut Cæsarum rescriptis definitum, nullam prorsus dubitationem admittat, illam textus partem accipi, minime autem ad præcedentem communem DD. sententiam, nullis ante illud rescriptum iuris textibus comprobatam, torqueri oportebit.

Etsi

d Iason ibi septem intellectus adducit, quibus adde expositionem Petri Bellini *de re milita. p. 7. tit. 1. num. 12.*

e Miles decedit testatus & intestatus. Ergo si vnũ ex fundo hæredẽ scripserit: creditur quantum ad residuum patrimoniũ intestatus decessisse. At in testamentis paganorum iuri accrescendi locus est.

Et si omnes interpretum sensus ad d *d.l.precib.* diligenter expendimus, is omnium commodissimus videtur: quod speciale illud ius in testamento militis sit, vt sub vulgari non contineatur expressa pupillaris: quũ miles iuris subtilitates ignoret: & quod quis ignorat, ne velle quidem intelligatur. Verba enim tantum in militis testamento obseruari debent: *l. 1. C. de test. milit.* nec lex tunc supplet: sed casum omissum derelinquit. *l. si miles vnum.* e *6. & l. miles ita. 41. in princip. infr. de testam. milit.* Hinc videmus Impp. non absq; mysterio in *d.l.precib.* patris testatoris qualitatem militarem vsisse, & de substitutionibus in specie tantum, aut in genere expressis loquutos esse, de prorsus tacitis omnia præteriisse. Et hunc intellectum defendit Cato Saccus, vt de illo testatur *Alciat. h num. 142. Vigl. in princ. num. 16. 17.* vbi Iasoni hic *num. 32.* contrarium defendenti, respondet. *Institut. pupill. substitut. late Vasq. d. §. 15. num. 94. cum seqq.* vbi hanc multis fundamentis comprobat. *Vacon. d. declarat 63. num. 11. Charondas in apostilla ad d.l. precibus. Gouean. lib. 1. lection. c. 2. Cuiac. lib. 11 obseruat. c. 25. & lib. 12. c. 27.*

Illi, qui à communi recedunt, variis modis textum *d l. precib.* interpretari solent.

Aliqui existimant ibi substitutionem ita fuisse conceptam, vt ad pupillarem tacitam extendi non posset. Testatorem enim vsum esse particula restrictiua (tantum.) Ita *Placentin.* referente Cyno *d.l. precibus. num. 7. & Alciato hic. num. 142.*

Hoc nihil est. Non enim constitit ibi Impp. quæ substitutio facta fuerit, tantum abest, vt diuinare potuerint, quibus illa verbis fuisset facta.

Vtuntur autem Impp. ibi particula, (tantum) vt casum primum distinguant à secundo, quod ex textu clarissimum est.

Aliqui aiunt, ideo vulgarem ibi non extendi ad pupillarem: *quia filium puberem* decessisse, Impp. circa primum casum præsupponant: quum tantum de primo casu, id est, de substitutione vulgari ibi loqui voluerint. Essemus autem (aiunt illi) non in primo tantum, sed & in secundo casu, si ibi pupilium impuberem decessisse præsupponeretur. Ita sentit post *Fulgos. Leon. de vulgari substitut. num. 130.*

f Certum est ex secundo responso, Impp. ignorasse, pubesne an impubes decessisset filius. Ergo si præsupposuissent, puberẽ decessisse: casum, quo impubes decessisset, omisissent: & sic responsum Impp. defectiuum esset.

Hi præsupponunt talem casum, *f* vt, cæteris paribus, sub vulgari pupillaris, & sub pupillari vulgaris contineri potuerit. Hoc si admittimus, nullo modo negari potest, Impp. rescriptum esse defectiuum: quum de pupillari tacita nihil ibi definitum sit.

Neque verum est, Impp. ibi præsupponere, quod filius pubes decesserit, de quo in sequenti casu eos dubitasse clarissime cõstat. Notetur ergo Impp. præsupponentes substitutionem in primum tantum casum factam, ad testatoris ordinationem respexisse: quum distinguendo de casu ad casum procedant.

Chiffletius *d. cap. 15.* peius cæteris errauit. Existimat enim matrem ibi filio fuisse cohæredem datam. Si enim mater filio cohæres data fuisset, non dicerent Impp. ad finem textus: bona, quæ, cum moreretur, patris eius fuerunt, à matre peti posse: vt omittam, textum nil hac de re meminisse. Quinimo & hanc sententiam, quod textus loquatur in militari testamento, tam qui communem tuentur, quam aliqui eorum, qui contra eam pugnant, refellere volunt.

1. *Ias. hic. num. 32.* dicit, in militis quoq; testamento coniecturis locum esse: Illi respondet *Vigl. loco relato,* etsi in ea responsione recentiores, vt *Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 14. nu. 2. Menoch. de præsumpt. lib. 4. tomo 1. præsumpt. 39. num. 7. cum seqq.* non acquiescant.

2. *Chifflet. d. cap. 15.* in *l. precibus.* (inquit) sub compendiosa est pupillaris, quæ excludit matrem defuncti filii: Ergo & in militis testamento tacitis substitutionibus locus est. Respondeo fallaciam æquiuocationis esse in verbis tacita substitutio. Prorsus tacita non habet locum in testamento militis, quemadmodum neque ius accrescendi, quod tacita quædam substitutio est. Aliud est in ea, quæ non prorsus tacita, sed in genere expressa est. Illa enim cum ex generalitate verborum in testamento militari concludatur: & sic bona consequentia ex verbis à milite prolatis eliciatur, cur non haberet locum? Alia ratio prorsus tacitæ est, quæ ex verbis non venit: imo contra verba à testatore prolata ex iuris interpretatione concluditur.

3. Idem *Chiffler.* Iuris interpretatio, de qua agimus, nihil aliud est, quam voluntatis declaratio. Ergo in testamentis quoque militum locum habet. Respondeo: Duplicem

esse

esse interpretationem, declaratiuam, quæ ex verbis deducitur, & facti circumstantiis: illa locum habet in testamento militis. Extensiuam, quæ contra verba testatoris, per iuris interpretationem & subtilitatem venit: illa in testamento militis locum non habet: Nam subtilitatum iuris miles ignarus intelligitur. Ergo eiusmodi aliquid voluisse non præsumitur. Voluntas autem scientiam prærequirit. Et nemo id velle intelligitur, quod prorsus ignoratur.

Mantica de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 14. num. 3. Miles præsumitur omni meliori modo testari. *l. 3. infr. de testam. milit.* Et intelligitur in dubio, vti iure communi: & ita intelligit hunc textum cum aliis *Forcat. Dialog. 25. num. 5.* Respondeo: Id verum, quo ad hoc, vt militis voluntas conseruetur: non quo ad hoc, vt vltra, quam verba velint, extendatur. Plenius succeditur ex testamento paganico propter ius accrescendi, neque tamen propterea in militis testamento ius accrescendi locum habet. 4.

Mantica ibidem: Tacita pupillaris substitutio fauorabiliter intelligitur vulgari expressa, quum respiciat vtilitatem filii, ne intestatus decedat. Ergo locum habet in testamento quoque militis. Respondeo: Non de fauore hæredum, sed militum quæri, quando de iure militaris testamenti disputamus. Nam si ad hæredum scriptorum fauorem respiciendum esset: iam & accrescendi ius in testamentis militum, & plura alia obtinerent. 5.

165 Tum (3) quod hanc sententiam non minus euidenter probet *l. fin. C. institut. & substitut.* vbi secundum communem intellectum, supra quæst. 2. ad regulam: Quod pupillaris vulgarem contineat, fallent. 5. expositum, casus vulgaris expressus, matre in medio existente, ad pupillarem quidem non trahitur: verum longe alia ratio decidendi, quam matris in medio existentis fauor, hæc nimirum adducitur, quod mater vna cum posthumo à patre testatore cohæres instituta fuerit. Si enim partem suæ substantiæ, in qua nullum ius succedendi vxor regulariter habuit, testator vxori dereliquit, multo magis credendum, quod matrem ad luctuosam filii hæreditatem venire voluerit.

Frustra autem Papinianus *g* & Vlpianus, frustra etiam Iustinianus de illa facti specie, in qua mater filio cohæres data fuerat, vt pote clarissima, & nullam probabilem dubitandi rationem habente, disceptassent, si iam tunc certa iuris sententia fuisset, matrem in casu magis dubio, puta, cohæredem filio minime datam, substitutum ex tacita pupillari venientem excludere. *Leon. in tract. vulg. substitut. num. 123.*

g Si mater excluderet substitutum, nemo sanus dubitaret, eam substitutũ exclusuram, si cohæres data esset.

166 Et licet præcitata sententia in puncto iuris procul dubio verior sit: altera tamen & priori contraria opinio à DD. hæc statuitur: quod mater per tacitam pupillarem à filii pupilli successione minime excludatur. Quam tenent *DD. hic. ibi Socin. num. 38. vers. septimo limita. Zas. num. 31. vers. quarto fallit, & reliqui. Bart. in l. 2. nu. 32. ibi Alex. num. 29.* dicens communem, optime probari in *d. l. precibus. Ias. num. 32.* qui ait, hanc veram. *Zas. num. 49.* qui hanc veram & communem appellat: eandem communẽ dicit *Alciat. hic. num. 140.* vbi contrariam quidem sententiam probabilem esse, se autem communis sententiæ æquitatem magis amplecti testatur. *gl. & DD. in l. centurio. ibi Bolog. num. 56. & 91.* dicens hanc communem, à qua recedendum non sit. *gl. & DD. communiter in l. fin. ibi Bart. num. 1. & 2. Castr. num. 3. & 4. Bald. num. 4. Ias. num. 1. & ad fin. C. institut. & substitut. gl. in d. l. precibus. verb. omnino. ibi Cyn. num. 7. & 8.* communem dicens. *Bart. num. 5.* qui ait vbique ita glossas docere. *Bald. num. 4. & 5. Castrens. num. 2. 6. & 21. Alex. num. 1. 2. 7. & seqq.* dicens hanc communem & veram. *Dec. num. 6. & 13.* idem ibi sequitur *Ioann. Caccialup.* qui ait, totum mundum hanc sententiam amplecti, & temerarium esse ab ea recedere. *Canonistæ in d. c. Raynut. ibi Benedict. loco relato in materia vulgaris num. 103. 104. & in materia pupillaris, num. 88. Couarr. §. 4.*

Iii *num.*

num.6. hanc opiniónem communem dicens, *Afflict. decis.38. num.5. Gomez. tom.1.cap.4.num.8. Vas. de success. progress. lib.2.§.15.num.104.* vbi multorum authoritatibus relatis scribit, hanc veluti notissimum iuris elementum ab omnibus fere recipi & communem esse, licet ipse dissentiat. *Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib.3. interpr.1. dub.6. solut.5. num.55. Mant. de coniect. vlt. vol. lib.5. tit.13. num.18.* hanc magis communem dicens, & *tit.14. numer.4. Menoch. de præsumpt. lib. 4. tom.1. præsumpt.39.* vbi omnia huius sententiæ fundamenta refert, & hanc tuetur. *Lancel. Polit. in tractat. vulg. substitut.7. quæst: princip. in 2. effectu. Zas. §. sextus effectus. versic. limitatur primo. Fumaeus num.55. Trentacinq.* qui hanc receptam scribentium sententiam esse ait, *c.12. num.1: Sfort. de substitut. pupill. quæst.7. §. tertius effectus. versic. limitatur primo. Graff. §. substitutio. quæst.11. numer.3. & quæst.30. num.4. Bart. consil.243 fuit quidam de Assisio. num.1. ad fin. Bald. cons.175. statuto cauetur. nu.4. lib.5. Corn. cons.112. numer.8. & 17. lib.2.* dicens hanc omnium esse indubitatam opinionem, *Alex. cons.38. nu.4. lib.1. Marian. Socin. Iun. cons.102. num.21. lib.1.* qui testatur, hanc esse communem fere omnium opinionem, & in iudicando & consulendo nefas esse ab illa recedere. *Cephal. consil.529. numer.52.* & hanc posteriorem sententiam DD. ita *h* explicant, quod vel in vulgari expressa tacita pupillaris hoc casu nullo modo insit: *gl. d. l. centurio.* Quam tenent *Petr. teste Cyno d. l. precibus.* i *num.8. & Vltramontani.* Quum per iuris interpretationem veniat: quam lex non facit, nisi casus acciderit. *Leon. post Politum de vulgari. num.136. Trentacinq. d. c.12. nu... vers. ex supradictis.* Vel ab initio quidem insit, non tamen pure & simpliciter: sed sub duplici conditione: vna intrinseca, si morietur filius in pupillari ætate: alia extrinseca, si mater non erit hæres: quia aut nolit, aut de medio sublata, non possit esse hæres. Ergo inerit quidē vulgari expressæ pupillaris, ēt matre in medio existente: sed effectum cōtra matrem non habebit. Quæ est receptissima sētētia summo consensu à plerisque, locis iam relatis contra Petrum recepta, *gloss. in d. l. precibus. verb. omnino. ibi Cyn. numer.7.8. Bart. numer.5.* hanc veram dicens. *Salycet. num.8. & 9. Castrens. num.2. Ias. num.5. & 6.* veram & communem appellans, pro qua sit textus ineuitabilis in *l. fin. C. institut. & substitut.* Quum si ab initio non inesset, matre de medio postea sublata, hæreditas nō ad substitutum, vt ille textus dixit, sed ad venientes ab intestato veniret. *Dec. ibidem nu.11.* dicens, hanc esse communem sententiam, quæ efficaciter probetur in *d. l. fin.* & minus lædat regulam iuris, quod sub vulgari pupillaris contineatur: atque simul matri ius suum conseruet. *Bart. in d. l. centurio. numer.5.* vbi hanc veram esse testatur, *ibi Bolog. numer. 87. cum sequentib.* qui pulchre hanc sententiam explicat, & communem dicit, à qua recedendum non sit. *DD. hic. ibi Barth. Soc. nu.38. Zas. num.31. vers. quarto fallit. Mant. de coniec. vlt. vol. lib.5. tit.13. nu.18.* qui hanc magis communem dicit. *Menoch. de præsumpt. lib.4. tom.1. præsumpt.40. per tot.* Neq; dubium est, admissa communi opinione, quod mater substitutum venientem per tacitam vulgarem excludat. Hanc sententiam, quod pupillaris tacita ab initio, ex coniecturata aut præsumpta testatoris voluntate per iuris interpretationem inducta videatur, probabiliorem esse: quum alioqui ipso testatore mortuo, haudquaquam nasci possit: vtpote carens voluntate testatoris iam defuncti. Sed non inest pure, verum, vt modo annotatum est, sub conditione: *Menoch. post alios loco relato. num.18. vers. primus.*

h DD. communem tenentes, in duas sectas distrahūtur. Aliqui contendunt pupillarē tacitam plane non contineri sub vulgari: aliqui aiunt, contineri eam, sed sine effectu.

i Fundamenta Petri nominant DD. leuia. Videatur *Salycet. in l. precibus. nu. 8. & 9.* ibi *Ias. num.6.* plenius illa fundamenta refert *Trentacinq. d. cap.12. nu.6. Menoch. de præsumpt. lib.4. tomo 1. præsum. 40. num.5. cum seqq.* Id frustra fit, de quo certū est, quod effectum habiturū non sit. At quæ effectum habere possunt, etsi illum effectū non attingant, frustra tamen facta dici non possunt. Ita testatores sæpe multas substitutiones, & alias ordinationes faciunt, quę frustra factæ non dicuntur, etsi effectum nō habeant: modo vt ab initio effectum habere potuerint.

Circa quæstionem nostram, vtrum mater venientem ex pupillari tacita excludat: an vero ab eo excludatur: dixi, illam opinionem quæ substituto fauet, veriorem, alteram receptiorem esse.

Prio-

Priorem rationibus tribus comprobaui: posterior autem, quæ matri fauet, duobus fundamentis nititur, & communis sententiæ præiudicio.

Communem sententiam DD. non eodem modo exponunt.

Aliqui existimant, matre in medio existente, pupillarem nullo modo vulgari inesse.

Aliqui contra sentiunt, quod ab initio insit: sed effectum contra matrē non habeat.

Hi duo fundamenta habent.

I. Tacitæ substitutiones etsi à iuris dispositione sint: nequaquam tamen contra mentem testatoris, sed potius secundum testatoris voluntatem introducuntur, siue fictas eas, siue præsumptas dixerimus.

Habent ergo radicem duplicem: 1. mentem testatoris tacitam, aut præsumptam. 2. Iuris dispositionem.

Testamentum statim post mortem testatoris suas vires in omnib. suis partibus habet, etsi non statim omnia effectum habeant.

At quum mors omnia soluat, & per consequens etiam voluntatem testatoris extinguat: fieri non potest, vt si statim à morte testatoris, nulla voluntatis eius ratio ducatur: & per consequens, pupillaris vulgari non insit: Illa extincta, ex post facto reuiuiscat, & effectum habeat.

II. Adducunt *l. fin. C. impub. & aliis substit.*

Si tacita pupillaris ab initio non inesset vulgari, ne quidem ex post facto nasceretur: & per consequens matre repulsa, venientes ab intestato succederent.

Sed matre in medio existente atque repulsa, venientes ab intestato non succedunt, verum substituto locus est.

Ergo ab initio pupillaris vulgari inest.

Etsi autem aliqui Petri sententiam ita exponunt, vt dicant, pupillarem tacitam ab initio quidem non inesse: ius autem ex post facto, si casus eueniat, per interpretationem tacitam pupillarem introducere: Tamen prior opinio probabilior est, per rationes adductas, & receptior.

167 Porro huius inuestigationis, vtrum pupillaris hæc tacita ab initio inducta intelligatur, an vero nullo modo vulgari insit, matre in medio existente, multiplex vtilitas à nostris adfertur: quod videlicet substitutus ex tacita pupillari admittatur. 1. matre ante pupillum præmoriente, 2. aut repudiante, 3. aut negligente tutorem per annum petere filio, qui nequaquam admitteretur, si ab initio pupillaris non intelligeretur inducta, quin potius venientibus ab intestato tunc locus foret. *Ita DD. locis relatis, & Bart. in l. centurio. num. 6. ibi Ang. num. 3. Bologn. num 92. Bart. in l. 2. num. 36. infra. eod. Ias. in l. precibus. num. 6. ibi Dec. num. 11. 12. Benedict. loco relato, in materia vulgaris, num. 104. & in materia pupillaris, num. 88. Mantic. d. tit. 13. num. 18. Iacob. Menoch. d. præsumpt. 40. num. 20.*

Quinimo illa interpretum sententia, quod per duos testes probari possit, testatorem voluisse, vt mater pupilli ex tacita pupillari excludatur, manifeste periclitabitur, si Petri sententia recipiatur. *k* Nam si matre in medio existente, sub vulgari pupillaris ab initio non continetur, probatio nō ad declarationem, sed ad inductionem potius nouæ alicuius voluntatis fiet. At vbi de noua voluntate inducenda quæritur, iure ciuili septem testes necessarii sunt. *Bened. loco relato, in materia pupillaris, num. 18.*

k Mater ex tacita pupillari excluditur, concurrente testatoris voluntate, quæ pupillaris cōiecturata dicitur. illa voluntas testatoris probatur per duos testes, ex receptiori DD. sententia, de qua supra memini.

Præcitatam autem communem DD. sententiam: quod mater impuberis substitutum, ex tacita pupillari venientem, excludat: confirmant DD.

168 Tum (1) ex primo *l* responso *d. l. precibus.* Nisi enim (inquiunt illi) ibi statuatur sub vulgari pupillaris, defectiuum erit Impp. rescriptum, vt pote omnes casus substitutionum non complectens. At si ibi contineatur pupilla-

l Aut Impp. suo responso primo tacitam pupillarem complexi non sunt, & rescriptum defectiuum erit: quod est absurdum: aut complexi sunt pupillarem tacitam, & communis intellectus ibi probatur. Respondeo ad antecedens per inficiationem. Non enim sequitur, si in primo responso non contineatur pupillaris tacita, quod rescriptum sit defectiuum. Satis est, si omnes casus contineat, qui secundum subiectam materiam, id est, in testamento militari locum habere potuerunt.

pillaris, verissimam communem DD. sententiam esse constat: quum clare Impp. rescripserint, ad matrem pertinere successionem.

Tum (2) quod lex dispensatiue contra regulas iuris, patri permittat, (1) vt filio testamentum condat, & illi (2) quemcunque extraneum substituat, matremq; (3) à luctuosa filii sui hæreditate excludat sine causa, quod ipsemet filius non posset. m *l. Papinianus. §. sed nec impuber. de inoff. testam. c. si pater. de test. in 6.* Quare quum hæc dispensatio sit contra ius, & consequenter odiosa, minime ab expressa pupillari ad eam, quæ prorsus tacita est, & nulla alia ratione, quam nuda iuris interpretatione nititur, talis facienda erit extensio, vt mater à luctuosa filii successione, quam illi lex in solatium liberorum omissorum defert, excludatur.

m Expressa pupillaris matrem filii excludit, etiam à legitima. *l. Papinianus. §. sed nec impuberis. de inoffic. testam. c. si pater. de testam. in 6. DD. in d. l. precibus. ibi Dec. num. 9. Benedict. in materia pupillaris, num. 86. Couarru. c. cum esses. num. 11. de testam. Gomez. tom. 3. cap. 4. num. 7. luculentissime Trentacinq. de pupill. substitut. cap. 16. per tot. Grass. §. substitutio. q. 30. num. 2* etsi dissentiat *Menoch. de præsumpt. lib. 4. tomo 1. præsumpt. 38. per tot.* vbi erudite hac de re disserit. Sed quæritur, quæ sit ratio decidendi, quod pater a filii successione per pupillarem matrem excludere possit? DD. multas rationes adferunt, de quibus vide *Vasqui. de success. progress. lib. 2. §. 15. nu. 56. versic. primo. cum seqq.*

Ego nego, substitutiones tacitas nuda iuris interpretatione niti: Imo verius est, eas 169
à duplici radice, vt nuper etiam monui, procedere. Primo ex testatoris voluntate, vel tacita, vel præsumpta. Secundo ex iuris dispositione, vt notarunt *Alciat. h. num. 20. Gomez. tomo 1. cap. 3. num. 26. Leon. de vulgar. substitut. num. 144. ibidem Trentacinq. cap. 15. numer. 16 Menoch. de præsumpt. lib. 4. tomo 1. præsumpt. 35. per tot.* Si enim pater pupillarem facit, & sic totum filii & suum patrimonium relinquere constituit: multo magis credendum, voluisse illum patrem, id est, sua tantum bona illi dare. Et econtra, si vulgarem fecit, etiam pupillarem fecisse præsumitur: quum verba pupillaria (*Si hæres erit, & impubes decesserit*) vulgaribus illis (*Si hæres non erit*) quo ad propositum nostrum, & sic *non in* parificentur. Quemadmodum enim ille hæres non est, qui aut non ex testamento, aut solo nomine hæres est: ita vt nil iuris in bonis testatoris habeat, vt supra qu. 2. ad regulam: quod pupillaris vulgarem tacitam contineat, ampliat. 2. ad finem annotatum est, &c. Ita quo ad liberam rerum administrationem, & præcipue testamenti factionem quod attinet, par ratio eius est, qui hæres quidem extitit: sed impubes decessit. Ergo etsi verissimum sit, impuberem, qui se cum authoritate tutoris ex testamento immiscuit, reuera hæredem patris, 1. non nominetenus tantum, sed cum effectu: 2. ex iudicio patris factum esse: Tamen simul hoc admitti debet, quamdiu impubes est in omnibus & per omnia cum effectu & plene hæredem, id est, dominum eum factum non intelligi. Neque enim liberam de suis rebus disponendi facultatem habet, & non potest testamentum condere, quod puberibus iura permittunt. Hactenus ergo (id est, quatenus administrationem bonorum, aliis omnibus indultam nōdum habet) ne hæres quidem aut dominus est. Hactenus *n* substitutionis vulgaris conditio (*Si hæres non erit*) extitisse quodammodo intelligitur: vt proinde substituto ex voluntate testatoris locus sit. Qui enim hæredem scribit: successorem cum effectu habere cupit. Quatenus autem is, qui hæres scriptus, impubes decessit, hæres, id est, dominus cum effectu non est, quatenus administrationem liberam, aut testamenti factionem, puberibus indultam non habet, eatenus illi, qui hæres non est, parificatur.

n Hactenus inquā, non in vniuersum parificantur verba *si hæres erit*, & *si hæres non erit*.

Odiosæ enim illæ dispensationes contra ius & exhæredationes, restringendæ potius sunt, quam de casu ad casum extendendæ: & per subauditos intellectus non est inducenda hæreditatis priuatio. *c. 1. §. fin. de fil. presbyt. lib. 6. l. cum quidam. 19 supra lib. & posthum. Ias. d. l. fin. ad fin. C. de institut. & substitut. Ias. l. in testamento. num. 7. C. de milit. testam. Bened. loco relato, in materia pupillaris substitut. num. 88. Vasq. de success. progress. lib. 2. §. 15. num. 55. Petr. Gregor. in syntagm. iur. lib. 42. cap. 19. num. 2. Trentacinq. de vulg. substitut. c. 12. num. 5. vers. ex supra dictis.*

Et hæc sententia: quod mater excludat veniētem per tacitam pupilla- 170
rē, contentā sub vulgari expressa, ampliatur 1. vt idē iuris sit in hisce terris.

Nam

Nam licet in constitut. Saxon. part. 3. tit. 8. cautum sit: daß in allen Fällen der substitution der Mutter der dritte Theil aller Güter/ zu Recht legitima genannt/ außtrücklich gelassen werde/ oder da gleich solches vbergangen/ jhr nichts desto weniger/ dieselbe ohne Unterscheidt/ *o* wie die substitution geschaffen seyn möchte/ folgen vnd zukommen solle. Vnde alicui videri possit, per pupillarem prorsus tacitam, sub vulgari contentam, in hisce terris matrem non quidem à legitima, sed tamen à reliqua liberorum successione excludi posse, maxime propter illa vniuersalia & generalia verba: in allen Fällen der substitution, Item / ohn Unterscheidt / wie die substitution geschaffen: Tamen sciendum, illam constitutionem non patris testatoris, aut liberorum, sed potius fauore matris editam esse: & proinde haudquaquam eo spectare, vt per pupillarem substitutionem prorsus tacitam contra interpretum receptam sentẽtiam, in foro Saxonico mater à successione liberorum remoueatur. Ita enim fauore matris constitutum in eius odium retorqueretur. Sed hunc potius illius constitutionis sensum esse: quod mater in omnibus omnino casibus, *p* in quibus iure ciuili aut Canonico, iuxta receptissimas DD. theoricas, per pupillarem substitutionem etiam à legitima sibi de bonis liberorum debita, antea exclusa fuit, (vt sunt casus 1. expressæ dispositionis paternæ, *q* quando scilic. pater clare & diserte disponit, matrem exclusam esse debere: 2. expressæ pupillaris: 3. pupillaris contentæ sub reciproca & compendiosa: 4. pupillaris sub vulgari quidem contentæ, cum qua expressa aut tacita testatoris voluntas pro exclusione matris concurrit, &c.) in hisce terris ex constitutione illa noua legitimam habere debeat. Pro qua constitutione facit eruditissima Iacobi Menochii disputatio *de præsumpt. lib. 4. tomo 1. præsumpt. 38.* Si ergo casus pupillaris tacitæ constitutione Saxonica non comprehenditur, sub disputatione iuris communis manebit.

o Id est, sine distinctione. Hæc generalitas intelligatur κατὰ τὸ ὑποκείμενον.

p Constitutio Saxonica loquitur de omnibus omnino speciebus pupillaris, id est, de omnibus specieb. excludentibus matrem: non agit de illis, quæ matri nihil obsunt.

q Puta, quando pater clare excludit matrem. Hinc in rubrica illius constitutionis dicitur de duplici exclusione, die entweder durch deß Vatters außtrückliche Verordnung / oder ex natura substitutionis geschicht.

Quæritur: An in casu pupillaris prorsus tacitæ, matri debeatur in foro Saxonico legitima tantum? Videtur, quod sic: Quia in præcitata constitutione vniuersalibus verbis geminatis clare deciditur, quod in omni casu pupillaris matri tertia debeatur. At qui omni dicit, nihil excludit. Et nisi præcitata constitutio Saxonica cum iudicio inspiciatur, omnibus hunc quoque sensum exhibebit: quod pupillaris prorsus tacita à successione filii matrem excludat, licet non à legitima. At hanc Illustrissimi Electoris Saxoniæ & præstantium illorum Iurisconsultorum, qui de illa Constitutione inter se, antequam ederetur, disputarunt, mentem non fuisse constat, etsi minus perspicue edita sit, quod & de aliis constitutionibus factum scio. Nemo vnquam vsque adeo circumspectus fuit, vt vbique sui similis esset. Quod autem illa Constitutio de prorsus tacita pupillari in vulgari contenta nihil disposuerit: sed eam in terminis iuris communis reliquerit, id inde constat. 1. Constitutio illa fauore matris lata est: Ergo in eius odium non est retorquenda. Torqueretur autem in eius odium, si de prorsus tacita quoque pupillari acciperetur: quum illa ante nouam constitutionem, ex receptissima & præiudicata nostrorum sententia matrem ne quidem à successione liberorum excluserit, tantum abest, vt à legitima eam remouere potuerit. 2. Lex non decidit nisi illud, de quo in ea quæritur, vel dubitatur: cætera vero in aliis legibus relinquit. Sed in illa constitutione tantum de illis specibus pupillaris dubitatum fuit, quę matrem omnino excluderet: de prorsus tacita nullum dubium fuit. Iam enim ante illam constitutionem hic iuris articulus omnium glossarum & interpretum plerorumq; præiudicata opinione fuit certissimus. Ergo huc illa constitutio non est torquenda. Ratio dubitandi non obstat: Quia constitutio Saxonica loquitur de omnibus speciebus pupillaris matrem excludentibus. Generalitatem ergo κατὰ τὸ ὑποκείμενον restringimus.

171 Ampliatur 2. Vt, quemadmodum mater impuberis excludit venientem per pupillarẽ omnino tacitam: ita idem fit in auia pupilli. Auia enim succedit in locum matris: Et lex vel statutum loquens de patre vel matre,

comprehendit auum & auiam. *l. iusta. 199. in fin. infr. verb. signif. l. ne se minus. 36. supr. negot. gest. Bart. in l. 2. num. 35. Alex. num. 31. Ias. num. 33.* qui ait, omnes indifferenter cum Bartolo tenere. *Zas. num. 49. Ang. in l. precibus. num. 6. ibi Salyc. num. 7. Bened. d. verb. si absque liberis moreretur. el 2. in materia pupillaris, num 88. Sfort. de pupillari, q. 7. vers. tertio an auiam. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 14. num. 21. Vasq. de success. progress. lib. 2. §. 16. num. 33. & 34. Trentacinq. de vulg. substitut. c. 12. num. 7. 8. Grass. §. substitutio. q. 32. & quæst. 33.*

Ampliatur 3. vt pater quoque substitutum venientem ex tacita pupillari excludat, si auus nepotem ex filio emancipato instituat, eique substituat vulgariter. Hanc dicit veritatem esse *Bart. in d. l. 2. n. 34.* per duas rationes ibi adductas. *Imol. num. 9. Alex. num. 30. Ias. num. 32. versic. successiue quærit Bartolus. Zas. num. 49. Salyc. in l. fin. num. 6. ibi. Castr num. 3. C. institut. & substitut. Bened. loco relato, num. 88. Mant.* qui distinguit, *d. tit. 14. n. 17. 18. 19. 20. Vasq. d. §. 16. n. 35. Sfort. de pupill. q. 7. versic. secundo an tacita pupillaris. Trentacinq. d. c. 12. num. 9. Grass. d. §. substitutio. q. 34.* 171

Amplia 4. vt idem sit in fratre, aut vtrinque aut per patrem coniuncto illi, cui alius vulgariter substitutus fuit. Nam & eiusmodi frater venientem per substitutionem pupillarem tacitam repellit, si pater multis legatis honoratum, oneribus hæreditariis implicari noluit, ac proinde ipsius fauore extraneum alii filio substituerit. Tunc enim regula procedit, quod non præsumatur testator filio suo extraneam personam præponere. *l. cum acutissimi. C. de fideicom. l. cũ auus. infr. condit. & demonstrat.* Cæteroquin potior est substituti causa. Quum enim pater excluserit filium ab hæreditate sua, & ei substitutum vulgarem prætulerit, multo magis præsumendum est, quod à fratris successione, quæ illi minori iure debetur, voluerit remotum, vt sensit *Bart. d. l. 2. num. 36. 37. Imol. num. 10. Alex. nu. 32. Ias. num. 34. 35.* dicens tenendam decisionem Bartoli. *Zas. n. 49. Bened. loco relato, n. 88. Vasq. d. §. 16. num. 36. versic. quarto amplia. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 14. num. 22. Sfort. d. q. 7. versic. quarto an fratrem pupill. Trentacinq. d. c. 12. num. 10. 11. versic. quartus. Grass. d. § substitutio. q. 35.*

Porro præcitata fallentia quinta, quod mater venientem per substitutionem tacitam pupillarem excludat, cum omnibus sequentibus ampliationibus sublimitatur 1. quando mater, aut aliæ personæ, vel ante pupillum moriuntur, vel pupilli hæreditatem, sibi delatam repudiant. Nam tunc substitutus per tacitam pupillarem admittitur, vt nuper circa fallentiam 5. præcedentem, versic. & vtilitas quidem, annotatum fuit. 173

2. Præcitata fallent. 5. sublimitatur. Nam tacita pupillaris contenta sub vulgari expressa matrem excludit, quãdo ita testatorem sensisse constat. *DD. in l. fin. ibi Ang. circa fin. versic. An autem tacita. Castr. nu. 3. Dec. num. 3. C. institut. & substitut. gloss. fin. in l. precibus. ibi Bart. numer. 7. Ang. num. 5. Ias. numer. 8. Dec. num. 14. C. impub. & al. substitut. Zas. h. numer. 31. versic. quarto fallit. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 15. num. 30. Trentacinq. d. cap. 12. num. 13* Duplex enim est pupillaris sub vulgari contenta: Quædam sola iuris authoritate & mente legis nititur. Hæc matrem non excludit: & ita præiudicata illa DD. sententia, de qua supra fallent. 5. dictum est, intelligitur. Quædam non sola iuris authoritate, sed & mente testatoris nititur, & tacita pupillaris coniecturaliter probata appellatur: hæc matrem excludit. *Bart. in d l. 2. num. 36. Alex. num. 32. vers. item in quantum tangit Bartolus. Zas. num. 50. Bart. in d. l. Centurio. num. 22. ibi Angel. num. 3. Bald. d. l. precibus. num. 7. 9. 37. Bened. loco relato, in materia pupillaris, num. 91. 92. Fumꝰ in tract. substitutionum.*

num.

num.54.55. Gomez. tomo 1.c.4.num.10. Mant. de coniect. vlt. vol. lib.5.tit.13.nu.8. & tit.15.ante num.

174 Hanc coniecturalem substitutionem ad matris exclusionem nostri duobus modis probari posse tradunt.

Primo per testes ad summum duos, ex communi DD. sententia, (de qua circa hunc effectum in præcedentibus limitatione 1. memini) quum de declaranda testatoris voluntate agatur. *Ias. in d. l. precibus. numer.8. ibi Decius.num.14. Bart. in d.l.2.* r *num.36. Alex.num.32. Ias.num.36.* dicens cum Bartolo transire omnes, *Benedict. in materia pupillaris, numer.89. Mant. d. tit.15. num.9.* qui ait, hanc magis receptam, si testator ante testamentum dixerit, si filius moreretur, nolle se, vt mater eius obulum de ipsius hæreditate haberet, aut his similia. *Bart. in d.l.2.nu.40.* cum quo transeunt DD. communiter, teste *Alex. numer.32. Ias. numer.37. Zas. num.50. infr. eod. Bald. in d.l. precibus. num.10. ibi Ang. num.5. Benedict. loco relato in materia pupillaris, num.92. Vasqu. de success. progress. lib.2. §.15. num.108. Gomez. tom.1. cap.4. num.10. Mant. hanc explicans d. tit.15. num.2. vsque 10. Menoch. de præsumpt. lib.4. tom.1. præsumpt.39. numer.41. cum multis seqq. vbi Polito contrarium tenenti respondet. Sfort. de substitut. pupill. quæst.7. vers. prima est.* qui tamen de hac sententia dubitat. *Trentacinq. de vulg. substitut. part.1. cap.12. num.14.* hanc communem & receptam scribentium sententiam dicens. *Petr. Greg. in syntagm. iur. lib.42. cap.19. num.4. Graff. verb. substitutio. quæst.31. num.2. Tiber. Decian. consil.37. numer.33. lib.1.* Idemque est, si post testamentum tale aliquid dicat testator. *Bald. d.l. precibus. num.11. Alex. d.l.2. num.32.* Quemadmodum enim ex antecedentibus sequentia declarantur: & in præfationibus dicta in ipso actu & actus conclusione repetita intelliguntur: *DD. locis relatis, Bart. l. item quia conuentiones. §. fin. arg. illius textus. supra, de pactis. Bart. & DD. in l. Titia. §. idem respondit. infr. verb. obligat. §. præterea. ad fin. iunct. gl. ibidem, Institut. de inutil. stipul. Carol. Molinæ. in l.1. §. qui præsens nu.12. infr. verb. obligat.* Ita & ex sequentibus declarantur præcedentia. *l. si cum fundum. iunct. gloss. infr. verb. signif. leg. si seruus plurium. §. fin. infr. legat.1* & actus quantumlibet perfectus recipit formam, non quidem dispositoriam, sed declaratoriam. *Bald. d.l. precibus. num.11. Mant. d. tit.15. num.3. per l. hæredes palam. §. si quid post.* vbi plura annotata sunt *supra de testam.*

r Bart. distinguit inter dispositionē declaratiuam & inductiuam nouæ voluntatis. Dicunt enim nostri pendere hanc quæstionē ab ea: nū matre in medio existente, pupillaris insit vulgari, an non.

Secundo hæc coniecturalis s substitutio probatur etiam per coniecturas, DD. locis relatis.

s Quatuor modis substitutio tacita coniecturalis probatur. Dicitur autem coniecturalis, non quod DD. sentiant, eam nullo alio probationis genere, quam per coniecturas probari: Nam & testibus atque scriptura testamenti probatur: Sed ideo coniecturalem appellant, vt discrimen formatum substitutionis monstrent. Quædam enim pupillaris plane expressa est, quæ verbis apertis & specificis introducitur. Quædam in genere expressa, quæ verbis in genere expressis nititur. Quædam plane tacita, quæ sub vulgari continetur. Quædam tacita quidem, sed coniecturis pro exclusione matris nitens. Dicitur ergo coniecturalis non ratione modorum probationis, sed ratione productionis, quod per coniecturas producatur: & neque verbis in genere, aut specie expressis, sed coniecturis nitatur.

Quin per testamentum etiam hæc substitutio probatur, vt ex infra dicendis patebit.

Oritur autem hæc forma substitutionis ex quadruplici coniectura.

175 Primo ex verbis prolatis extra testamentum siue ante siue post testamentum prolata sint, vt iam dictum est.

Illa tacita pupillaris, quæ non sola legis authoritate, sed coniectura quoque voluntatis defuncti nititur, ac proinde coniecturalis appellatur, quatuor modis ad exclusionem matris probari potest. 1. ex dictis extra testamentum. 2. ex dictis in testamento. 3. ex qualitate substituti. 4. ex qualitate matris, de cuius exclusione agitur.

De ratione nominis hoc teneatur, etsi ita loquatur *Bart. d.l.2. num.40.* quem sequun-

tur alii ibi, *& Benedict. de pupillari substitutione num. 92. Vasqu. d. §. 15. num. 108. & alii*, hoc nimirum volentes: quatuor præcipuas coniecturas haberi, ex quibus voluntas testatoris ad matris exclusionem probari possit: *Menoch. de præsumpt. lib. 4. tomo 1. præsumpt. 39. num. 40.* Tamen si ad species probationum respectus habeatur, rectius & magis concinne eos loqui constat, qui dicunt hanc coniecturatam voluntatem testatoris probari partim testibus, partim coniecturis. *Ias. d. leg. precibus. numer. 8. ibi Dec. num. 14.* Hæ enim sunt separatæ probationum species. Imo & per scripturam testamenti probabitur. Si autem extra testamentum, vel ante vel post confectionem testamenti, testator talia verba proferat, vt dictum est, per testes duos illa probanda sunt. Ita recte sensit *Mant.* probationem per testes ad hunc articulum restringens in *d. tit. 15. num. 9.* Sed obserua, quum hæc pupillaris non sit expressa: (aliud enim est facere pupillarem expressam: aliud est facere vulgarem, & præterea talia quædam verba proferre: Vnde eliciatur coniectura, quod testator per pupillarem tacitam matrem excludi velit) Bartolum nostrum, discrimen inter pupillarem expressam & hanc formam ostendere volentem ita docuisse, vt diceret, hanc coniecturis niti, & coniecturatam esse, atque ex coniecturis quatuor, puta: ex dictis (1) ante testamentum, (2) in testamento (3) denique ex qualitate substituti (4) & matris pendere. Nõ autem voluit Bartolus de modis, quibus hæ coniecturæ probarentur, aut probari possent, disputare: sed huc spectauit, vt hanc perpetuo coniecturatam esse doceret, & ab expressa pupillari distingueret. Neque enim propter verba testatoris expressa, si dicat se nolle, vt, mortuo filio, mater eius obulum haberet, pupillaris expressa dicetur: *Gomez. tomo 1. cap. 4. num. 10.* Quum ad inducendam pupillarem expressam verba idonea & dispositiua necessaria sint Dicitur ergo hæc coniecturata non ratione modorum probationis, sed ratione pupillaris expressa.

Secundo oritur hæc coniecturalis substitutio, ex verbis positis in testamento, si testator (1) matri pupilli reliquerit aliquid, & simul iusserit eam esse contentam, ita quod de eius bonis amplius non petat, dummodo legatum illud relictum sit mulieri à substituto vulgari. Nam tunc pater intelligitur substitutum matri præferre *t* voluisse. *l. peto. 69. in princip. infr. legat. 2.* Aliud, si legatum matri esset relictum à filio instituto præstandum: Nam quum eiusmodi legatum statim post mortem testatoris præstetur. matri autem successio filii non ante, nisi post eius obitum deferatur, fieri nullo modo potest, vt eiusmodi legatum à filio relictum, matri obstet, quo minus filio succedat. Prohibitus enim plus petere ex vna causa, non censetur prohibitus petere ex alia causa. *l. Paula Callicino.* u *27. §. 1. infra legat. 3.* At alia causa legati à filio relicti, alia causa successionis in hæreditate filii est. Et hæc fuit distinctio Guilhelmi de Cumo, quam sequitur *Bart. d. l. 2. numer. 41. Alex. num. 32. Ias. nu. 37.* qui quidem dissentit, sed hanc communem esse dixit, à qua in iudicando & respondendo recedendum non sit. *Zas. numer. 50. Bald. in d. l. precibus. num. 13. ibi Ang. nu. 5. Bened. loco relato in materia pupillaris, nu. 93. Gomez. tom. 1. c. 4. nu. 10. Mant. d. tit. 15. num. 10. vsq. 13.* hanc communiter receptam dicens, etsi disputet *Vasqu. de success. progress. d. §. 15. Sfort. de pupill. substitut. qu. 7. vers. secunda coniectura est. Trentacinq. de vulg. substitut. q. 12. num. 14. 15. Iacob. Menoch. d. præsumpt. 39. nu. 47.* qui & hanc communem testatur, & ab omnibus impugnationibus tuetur, pluraq; DD. responsa pro ea adducit. *Petr. Greg. in syntagm. iur. lib. 42. c. 19. n. 4. Grass. d. q. 31. nu. 3.* 176

t Fieri non potest, vt mulier & legataria & hæres sit.

u Alias incipit, Paulo Callimacho. Ibi textus clarissimus est: si pater filiæ relinquat ex diuersis causis, puta, ex causa successionis pure, & ex causa fideicommissi sub conditione, & contentam esse iubeat pro relictis in testamento certa summa: quod filia contẽta esse debeat illa summa pro relictis pure, non pro relictis sub conditione. Casus. Pompeius filium ex dodrante, filiam ex quadrante instituit: & prædia certa singulis prælegauit. Præterea à filio si sine liberis moreretur, fideicommissum reliquit filiæ. Post testamentum codicillis certa prædia filiæ dedit, eamque his contentam esse iussit, pro omni hæreditate, & his, quæ in testamento reliquerat. Mortuo patre, filia prædia, quibus contentam esse voluit, accepit. Soror fideicommissum petiit, quod sibi relictum fuit, si frater sine liberis moreretur. Placuit (inquit IC.) ea sola, quæ, viuente fratre, acceptura erat, adempta videri: non etiam quæ post mortem eius reliquerat, si sine liberis decederet. Et ita pronunciauit. (id est, Imperator, vel eius procurator, vt per gloss. ibi.)

Ita etiam (2) ex verbis in testamento positis coniectura pro matris exclusione 177

clusione colligitur, si testator aliquid vxori reliquerit, donec vitam seruauerit vidualem, & ipsa in viduitate non steterit, sed ad secunda vota transierit. *Bart.d. l. 2.nu.42. ibi Alex.nu.32. Ias.nu.39. vers. circa primam conclusionem.* dicens, omnes tenere cum Bartolo. *Bald.in d.l.precibus. num.13. Bened.loco relato in materia pupillaris, num.94. Mant.d.tit.15.num.13. Menoch.d. præsumpt.39. numer.58.* qui hanc magis communem esse testatur. *Sfort. de substitut.pupill. quæst.7.d.versic.secunda coniectura. Trentacinq.de vulg.substitut.d.cap.12.num.17. vers.item ex dictis. Graff.d.qu.31.num.4.* Idemque est, si testator vxori decem reliquerit, si non nubat. *Bald. d.l.precibus.num.13. Menoch.d.præsumpt.39.numer.58. Mant. d.tit.15.num.15.16.* Si enim testator vxorem secundo nubentem, ne quidem legatum habere voluit, sed ab illo exclusit, multo magis à tota hæreditate eam exclusisse intelligitur. Neq; valet obiectio, quod successio filii quodammodo debeatur: quum legatum lucrum sit. Nam etsi filii successio matri debita sit: respectu scilicet filii: aliud tamen est respectu patris, qui testando matrem à successione filii remouere potest. *d.l.Papinianus.§.sed nec impuberis.supr.inoff.testam. d.c.si pater.de testam.in 6.*

178 Quinimo idem aliquibus esse videtur, vxore ad secunda vota transeunte, etsi testator in suo testamento de secundis vxoris suæ nuptiis nihil dixerit: quum per talem transitum fiat iniuria filio. *§.prospeximus. in Auth.de non elig.secund.nubent.* & marito, cuius connubium contemnitur. *§.sin autem tutelam.in Auth. de nuptiis.* x Neque præsumendum est, quod testator hanc mulierem succedere voluerit, quæ sibi & filiis iniuriam intulit, atque odiosa facta est. Hæc est sententia Angeli *l.2.§.fin.infr.h.tit. Idem in d.l precibus.num.5.* quem sequuntur plures relati per *Rolan. à Vall. cons.69.num.32. lib.1. & per Manticam d. tit.15.num.28. Sfort.d.q.7. vers.tertia coniectura.* eamque veriorem sibi videri ait *Menoch.d.præsumpt.39.num.15.*

x An mulier transiens ad secunda vota, dicatur caste & honeste viuere, explicat Nicol.Faian. *in tract. super hac quæstione edito. Tiraq. l. boues. §. hoc sermone. in princip. nu.141. ff.de verb.sig.*

Contrarium autem in hoc iuris articulo tenet *Imol. d.l.2.num.11.* qui testatur sententiam Angeli nullo iure probari. *Alex. num.32.* qui ait, veritatem & magis communem DD. sententiam esse contra Angelum: sequitur *Ias.num.32.vers.circa secundum. Gomez d.c.4.num.11. ibi Soarez in addit.numer.31. Bened. loco relato. num.95.* dicens, Angeli opinionem communiter non teneri. Non enim quamlibet iniuriam inducere legati ademptionem, vel hæreditatis, nisi sit grauis. *l.3.in fin.infr.adimend.legat.* Transitum autem ad secunda vota minime censeri iniuriam grauem, & talem, ob quam testator à luctuosa filii successione matrem excludere in dubio voluisse præsumatur: maxime iure Canonico, quod secundas nuptias ita exosas non habet, vt ius ciuile. *c.fin.de secund.nupt. Vasq.d.§.15.nu.110.vers.quarta limitatio.* ipse quoq; hanc communem dicens. *Mant d.tit.15.nu.28. & 29.* qui ait, hanc communem ea ratione niti: quod nulla lex sit, quæ matrem ipsam propter secundas nuptias à successione filii excludat. Ergo eam non excludendam. *§.cum igitur reliquum. vers.optimum. in Auth. de non elig. secund.nubent. Trentacinq.d.c.12.num.17.* dicens, hanc esse communem, cum qua concludendum sit. *Graff.d.q.31.num.4.*

179 Ita (3) coniectura contra matrem inde elicitur, si testator substituat pleno iure: *Menoch.d.præsumpt.39.nu.66.vers.quarta coniectura.* Aut si relinquat vxori aliquid certi post mortem filii, cui substitutio facta est, y maxime si id fiat per dictionem taxatiuam. *Bald. dict. l.precibus. numer.31. Sfort. d.q.7.*

y Prouisio generalis (quod mater ex pupillari tacita venientem excludat) locum non habet in eo casu, in quem testator specialiter prouidit. Ergo si in casu mortis filii testator in specie vxori de legato prouideat, generalis prouisio cessabit. Est in prædictis textibus regula: quod dispositio generalis non referatur ad ea, de quibus circa eandem causam in specie prouisum est,

d.q.7 verſ.tertia coniectura. Mant.d.tit.15.num.14.l.alimenta.16.§.Baſilica.& l. Stichus.20 in princ.infr.de aliment.& cibar.legat.

Idem (4) erit, ſi teſtator filio impuberi ſubſtituit Titium vulgariter, & eum grauauit per fideicommiſſum reſtituere hæreditatem pupilli Caio. *Paul.de Caſtr.l.in teſtamento.infr.milit.teſtam.Alex.d.l.2.num.36.verſic.alius eſt caſus.Bened.loco relato,num.100.*

Tertio oritur hæc coniecturalis forma ſubſtitutionis, ex conditione 180
perſonæ vxoris & ſimilium, de quibus excludendis tractatur: puta (1) ſi commiſerit adulterium in vita teſtatoris, vel alias grauiter eum offenderit, ita quod teſtator eam odio fuit proſequutus. *Bart.d.l.2.nu.43.Iaſ.nu.39.* dicens omnes indifferenter tranſire cum Bartolo. *Zaſ.nu.50.Ang.in d.l.precibus.num.5.Bened.loco relato,num.101.verſ.quarto præſumitur.Vaſq.d.§ 15.n.108. Gomez.d.c.4.num.10.Mant.d.tit 15.num.18.19.Menoch.d.præſumpt.39 num.67.* dicens hanc magis communem. *Petr.Greg.d.c.19.num.4.Sfort.de pupill.ſubſtitut.dict.quæſt.7.verſic.tertia coniectura eſt.Trentacinq.de vulgar.ſubſtitut.dict.cap.12.num.19. Graſſ.d.qu.31.num.8.verſic.quarta coniectura.* Quum enim & inimicitiæ, quæ intercedunt inter teſtatorem & legatarium, efficiant, vt præſumatur à teſtatore legatum reuocatum. *l.3.in fin.infr.adim.legat.* Ergo hoc quoque operabitur, vt præſumatur teſtator eiuſmodi odioſæ perſonę noluiſſe relinquere: quum in legato generali & fauorabili nō contineantur perſonæ, quas teſtator odio proſequutus fuit. *l.Lucius 88 §.Lucius Titius Damam.infr.legat.2.Menoch.d præſumpt.39.num.67.* Idem eſt (2) ſi poſt mortem teſtatoris, viuente z adhuc pupillo, vidua ſtuprum ſibi offerri patiatur, aut aliquid aliud inhoneſte agat. Nam & hoc caſu per ſubſtitutum venientem ex tacita pupillari excluditur. Quum enim ob ſtuprum efficiatur ſucceſſione indigna, & amittat ius quæſitum: atque liberorum ſucceſſionem: ex communi D.D. ſententia. *Valent.* a *Forſt.de ſucceſſ.ab inteſtato.lib.3.de ſucceſſ aſcendentium.fall.3. Ludolph. Schrad.in tract.de nupt.§.duodecimo vidua inhoneſte viuens.Dn.Henning.Hammel.in tract.ſucceſ.ab inteſtato, tit.de ſucceſſ.aſcendent.fallent.6.* Multo magis excluditur à iure quærendo. *Bart.d.l.2.num.34.* quem ſequuntur communiter DD. vt teſtatur *ibi Socin.Iun.nu.117.& Ripa num.59.Ang d l.precibus.num.5. Bened.loco relato.num.101.Gomez d.c.4.num.10.verſ.tertio ex conditione.Mant.d.tit.15.num 23.vſque 28.* dicens hanc magis communem. *Menoch.d.præſumpt.39.num.73.cum ſeqq.Sfort.d.q.7.verſic.tertia coniectura.Trentacinq.d.c.12.num.21.* qui ait, hanc eſſe magis communem, & ita eſſe concludendum. *Graſſ.d.q.31.num 9.verſ.ſecunda.*

z Bartolus loquitur mortuo pupillo, ſed Mantica iudicat textum eſſe corruptum.

a Valentinus Forſterus de hac ſententia eleganter diſſerit, ſed in communi acquieſcit. Vidua, quæ luxurioſe viuit, amittit dotem & donationem propter nuptias, non minus ac ea, quę adulterium, viuo marito, admiſit. *Paul de Caſtro in l.ſororem.C.his quib.vt indign.* Idem in *l.fideicommiſſum.C.de fideicommiſſ.addit ad Abbat.cap.plerumque.de donat.int.vir & vxor.Felin.c.paſtoralis.nu.5.de iudiciis.Hip.de Marſ rep.l.vnic.C.rapt.virg.* Ergo multo magis perdit ius quærendum, id eſt, ſucceſſionem. Non obſtat *art.5.* Landtr. *lib.1.* vbi dicitur. Ein Weib mag mit Vnkeuſchheit jhres Leibs jhr weiblich Ehr kräncken / jhr Recht aber verleurt ſie damit nicht / noch jhr Erbe. I Quia textus non loquitur de vxore aut vidua, ſed de ſoluta. II. Non de omni muliere, ſed de filia, reſpectu ſucceſſionis parentum: ſi aut mortuo patre, turpem vitam eligat, aut eo viuo, in caſibus, vbi exhæredari non poteſt. Vide Modeſtinum Piſtorium, Zobellum, & additiones *d.art.5.* ibi poſtillam art.germanico, & Henningum Hammelium olim dominum & præceptorem meum honorandum, illuſtriſſimi Adminiſtratoris Magdeburgenſis, &c. Conſiliarium intimum & primarium.

Et licet diſſenſerint in *dict.l.2.Imo.num.11.ibi Alex.numer.43.* ea ratione: quod hic nulla voluntatis defuncti ratio ducatur, per quam mater excludi poſſit: quum per mortem finita fuerit: *b* Tamen hæc communi ſententiæ nihil obſunt.

b Exiſtimant illi hęreditatem auferri a matre, & applicari fiſco. Loquuntur autem, quando, mortuo filio, mater deliquit, ita vt illa acquiſiuerit hæreditatem. At nos loquimur in matre peccante, mortuo teſtatore, viuo filio, vbi fiſco nil applicari poteſt: quum hæreditas nondum matri delata ſit.

Tum (1) quod ex communi DD. ſententia ab initio vulgari pupillaris inſit

insit cum conditione, si mater hæres non extiterit: Ergo dicendum testatorem ipsi substituto vxorem suam præferre voluisse, rebus in eodem statu manentibus, quo modo omnes dispositiones intelliguntur.

Tum (2) quod mater *e* in corpus peccans iure à successione liberorum excludatur, ex præcitata communi DD. sententia: At matre exclusa, substituto ex tacita pupillari locus est, vt in sequente vers. traditur.

e Hæc ergo decisio nititur duob. fundamentis: 1. Testatoris coniecturata voluntate. 2. iuris dispositione. Remouetur ergo talis mulier per substitutum, partim ex coniecturatâ testatoris volũtate, partim quia ex communi DD. sententia iure excluditur à liberorum successione.

181 Huc (3) etiam pertinet is casus, si mater non sit capax hæreditatis, vt, quia filio tutorem non petiit: quum ad secundas nuptias transiret. Hoc enim casu priuatur successione filii. *l. 2. §. si mater. infr. ad SC. Tert.* etiamsi à patre ipsi filio sit expresse substituta. §. *si autem tutelam. in Auth. de nuptiis.*

At exclusa matre, venit substitutus. *leg. fin. C. institut. & substitut. Bart. d. l. 2. nu. 43. Alex. nu. 34. Ias. nu. 40. Bald. d. l. precibus. n. 20. cum sequentib. Benedict. loco relato, nu. 101. Mant. d. tit. 15. n. 20. vsque 23. Menoch. d. præsumpt. 39. nu. 70. 71. Sfort. d. versic. tertia coniectura. Trentacinq. d. c. 12. nu. 20. Graff. d. q. 31. nu. 10.*

Contra hanc sententiam, quæ receptissima & verissima est, mouentur quædam obiectiones. I. Quod tempus testamenti inspiciendum sit, ad cognoscendum quid testator senserit. *l. si ita. infr. de aur. & arg. legat.* At quum voluntas testatoris finiatur morte, ex eo quod post mortem testatoris est subsequutum, non videtur mutari posse voluntas testatoris. Ergo hæc coniectura excludens matrem, non prouenit à dispositione testatoris, sed ipsius legis. Respondent *locis relatis Mant. num. 21. & Menoch. num. 71.* Ego respondeo, imo ex communi & receptissima DD. sententia, hanc coniecturam prouenire ex voluntate testatoris: quum vulgaris ab initio contineat pupillarem sub conditione, si mater hæres extet. Ergo si non extet hæres, vt quia non vult, aut non potest esse, vt hic, substitutus ex voluntate testatoris admittitur. II. Pura testatoris voluntas non potest stare in pendenti. *l. fin. in fin. supr. commun. præd.* Respondet duobus modis *Mant. ibid.* Ego respondeo, nos non esse in pura, sed conditionali dispositione. Nam substitutus, vt dixi, sub conditione vocatur.

182 Quarto oritur coniecturalis nostra substitutio ex qualitate personæ, quę substituitur: puta: *d* Si (1) pater testator filio instituto substituat alium suum filium vulgariter. Nam ille ex tacita pupillari veniens, excludit matrem pupilli ea ratione, quod regula *l. iam hoc iure.* volens sub vulgari contineri pupillarem, vitietur, quando adest persona, quæ ex verosimili mente testatoris excludat substitutum. At mater impuberis talis persona non est, vt ex cõiectura voluntatis vincat filium testatoris alii filio substitutum, quinimo fortior est coniectura, quæ ipsi filio suffragatur. Quemadmodũ enim nullus affectus paternum vincit. *l. pen. in fin. supr. curat. furios.* Ita nunquam testator in successionibus extraneos propriæ soboli præposuisse intelligitur. *l. cum acutissimi. C. fideicom. l. cum auus. infr. condit. & demonstr. l. generaliter. §. cum autem C. institut. & substitut.*

d Dixi, coniecturalem pupillarem ex quatuor fontib. oriri. 1. ex dictis extra testamentum, 2. ex dictis in testamento, 3. ex conditione personæ matris. Hæc capita expedita: 4. ex conditione personæ, quæ substituitur. Nã si persona substituti talis sit, vt eam testator præ vxore sua dilexerit, mater pupilli ex tacita pupillari excludetur: quum hæc non simplex tacita, sed eiusmodi substitutio sit, quæ secum coniecturam pro substituto contra matrem impuberis habet. Tales personæ sunt: 1. frater pupilli instituti germanus, 2. mater testatoris, 3. pater filii instituti, 4. deniq. huc referunt piam causam. De exemplo fratris pupilli notetur, Menochium hic relatum, & Trentacinq. tres facere casus, 1. De fratre vtrinque coniuncto, 2. De fratre per patrem coniuncto, 3. De fratre vterino. Ad ampliationem autem de fratre consanguineo hoc quoque addendum, quod scribit *Angel. in d. l. precibus. num. 5.* idem iuris esse, si substituatur filius testatoris naturalis, qui legitimatus sit. Declarat autem Menochius post alios hanc doctrinam, vt non procedat, quando testator vna cum filio suo extraneum quendam alteri filio substituit. Ratione enim mixturæ frater instituti impuberis non excludit matrem eius. Ita ratione mixturæ recedimus à decisione *l. vnic. C. si de moment. poss.* vt post DD. ibi annotauit *Cæsar Contard. limitat. 2.*

Nec obstat, quod hi textus de bonis & successione patris, non pupilli loquantur. Nam vt propria, ita & filii impuberis bona in manu & potestate testatoris sunt, quo ad testamenti confectionem, & secundum testatoris arbitrium atque voluntatem deferuntur: ita quidem, vt ille matrem impuberis testando plane excludere possit. Quare vt in dd. iuribus affectio patris erga prolem consideratur: ita & hic in bonis pupillaribus, quæ secun-

secundum patris dispositionem, affectionem & voluntatem deferuntur. Ita decidit *gloss. vlt. in d. l. precibus. ibi Bart. num. 7. Angel. num. 5. & 14. Castr. num. 22. Ias. num. 20. Bart. d. l. 2. num. 44.* dicens, sibi hanc consonam videri voluntati defuncti, *ibi Imol. num. 12.* qui ait, ab hac sententia Bartoli communiter recepta, durum esse recedere, etsi forte de rigore iuris non procedat. *Alex. num. 35.* dicens, opinionem Bartoli communem, à qua in iudicando & consulendo recedendum non sit. *Ias. num. 41. & 42.* ipse quoq; hanc magis communem, & Bartolum optime loqui dicens. *Benedict. loco relato, num. 97. vers. tertio apparet. Gomez d. cap. 4. num. 10. vers. quarto ex conditione. Vasqu. d. §. 15. num. 111. Mant. d. tit. 15. num 30. 31.* qui se in hanc communem procliuiorem esse testatur, & ad fundamentum contrariæ opinionis respondet. *Menoch. d. præsumpt. 39.* qui hanc sententiam ampliat, vt procedat etiam in fratre ex altero tantum latere per patrem coniuncto: & vno modo limitat *num. 77. vsque 87. Petr. Greg. d. cap. 19. num. 4.* eandem communem dicunt *Sfort. d. quæst. 7. vers. quarta coniectura. Trentacinqu. d. c. 12. num. 22. & Graff. d. q. 31. num. 5.*

Huc (2) pertinet etiam is casus, quando testator matrem suam filio suo substituit: quia idem fauor liberis & parentibus exhibetur. *l. 3. §. 1. infra legat. præst.* 183

Et quanquam mater pupilli ab intestato præferatur auiæ. *Auth. defuncto. C. ad SC. Tert.* tamen sciendum, in tacita pupillari non considerari prælationem successionis ab intestato, sed affectionem & præsumptam voluntatem testatoris. Sed testator magis præsumitur diligere matrem propriam quam vxorem. At si attenderetur prelatio successionis ab intestato, mater nunquam posset excludi: quum nemo eam antecedat. *d. Auth. defuncto.* Excluditur autem illa per fratrem impuberis & omnibus in casibus, in quibus testatoris voluntas concurrit, *Bart. d. l. 2. num. 45. ibi Alex. num 36. Ias. num. 43.* qui disputat quidem, sed Bartoli opinionem tenendam dicit, licet passus dubius sit. *Bened. loco relato nu. 99. Ang. d. l. precibus. num. 5.* generaliter loquens in ascendente testatoris, qui substitutus est. *Mant. d. tit. 15. num. 33. Menoch. d. præsumpt. 39. nu. 89. vers. tertium exemplum.* dicens à sententia Bartoli non recedendum. *Trentacinq. d. c. 12. num. 23.*

Deinde (3) huc quoque referri potest casus is, quando auus ex filio emancipato nepotem instituit, & illi patrem substituit. *Ang. d. l. precib. nu. 5.* 184

Etsi autem ascendentes & descendentes testatoris, qui filio ipsius substituti sunt, matrem impuberis per tacitam pupillarem excludant: tamen aliud est in collateralibus ipsius testatoris, puta, in fratre eius. Nam hic matrem pupilli non excludit, sed potius ab ea excluditur. Neq; enim idem fauor præstatur fratri, qui liberis & parentibus. *l. 3. §. 1. infr. legat. præst. Bart. d. l. 2. nu. 44. Bened. loco relato, nu. 98. Mant. d. tit. 15. nu 32. Menoc. d. præsumpt. 39. nu. 87. Sfort. de substit. pupill. q. 7. vers. quarta coniectura.* dicens, *e* hæreditatem pupilli magis luctuosam esse matri quam patruo. *arg. l. isti quidem 8. in fin. supr. quod met. causs.* Magis ergo illi quam patruo eam deberi. *Graff. d. qu. 31. num. 6.* & hanc secutus est *Dec. cons. 315 nu. 6.* communem dicens.

e Exemplar ibi est corruptum. loquitur ille in patre testatoris, eo solo vel isto in fratre testatoris, idq; ex ratione, quam ille adduxit, planissimum est. Illum corruptũ textum corrupte trãscripsit *Graff. d. q. 31. num. 6.*

Hæc tamen sententia non procederet, si aut statutum loci præferret masculos fœminis, aut alia coniectura extaret, ex qua constare posset, testatorem voluisse, vt in familia & agnatione bona ipsius conseruarentur, & sic magis dilexisse fratrem quam vxorem. Nam tunc frater substitutus matrem impuberis excludit. *Benedict. & Menoch. locis relatis.*

Denique (4) pia quoq; causa impuberi vulgariter substituta, ex tacita 185 pupil-

pupillari veniens matrem pupilli excludit. Nam relicta ad pias causas, intelliguntur relicta pro anima. *Socin. Sen. leg. quibus diebus. §. fin. num. 18. infr. condit. & demonstr. Natta consil. 124. numer. 13.* At testator magis intelligitur dilexisse animam quam vxorem propriam: quum anima cunctis rebus anteponenda sit. *c. cum infirmitas. 13. de pœnit. & remiss. leg. sancimus. 21. alias 17. C. SS. Eccles. §. si quis de prædictis. in fin. in auth. vt cum de appell. cognosc.* Hæc fuit originaliter sententia Angeli in *d. leg. precibus. num. 5. ibi Ias. num. 8. Dec. numer. 14. Benedict. loco relato in materia pupillaris, num. 98. Couarr. cap. Raynut. §. 4. numer. 6. extr. testament. Tiraquel. de priuileg. pia causa, priuileg. 69. Mant. latissime d. tit. 15. num. 34. vsque ad fin.* qui hanc pulchre explicat. *Gomez. d. cap. 4. num. 10. versic. & ex hac quarta. ibi Soarez. in addit. num. 30. Vasqu. d. § 15. num. 110. vers. quarta limitatio. Menoch. d. præsumpt. 39. num. 90. Sfort. d. quæst. 7. vers. item & si pia causa.* licet ille dubitet. f *Trentacinq. d. c. 14. num. 24. Grass. d. qu. 31. numer. 7. Corn. consil. 176. lib. 3. Alex. cons. 38. lib. 1. cons. 12. & 92. lib. 3. Dec. cons. 132. Roland. à Vall. cons. 69. num. 28. lib. 1.*

f Dubitat propter authoritatem Augustini *c. fin. 17. q. 4.* Quod ecclesia & pia causa nō velint hæreditatem, exclusis liberis. Ergo nec exclusis parentibus. Ad quam cōsiderationem egregie respōdet Mantica loco relato *nu. 38. versic. sed hæc ratio.*

Porro quum Angelus isto tantum casu loquatur, quando testator substituit pro exoneratione conscientiæ, videlicet pro reb. male ablatis: præcedentem communem sententiam ad hunc casum restringunt aliqui, vt *Aret. cons. 155. Molin. in addit. ad Alex. d. cons. 38. Couarr. loco relato, & Trentacinq. d. c. 12. nu. 25.* qui hanc in puncto iuris veriorem esse attestatur: Iason tamen indistincte Angeli opinionem procedere existimat, quam & Vasq. sequitur, *vbi supra*, & pulchre defendit *Mant. loco relato.*

QVARTVS EFFECTVS.

186 Quartus effectus vulgaris substitutionis est, quod per eam succedatur testatori, non pupillo. Quum autem cæteris paribus, & vulgaris substitutio pupillarem tacitam, atque pupillaris vulgarem tacitam contineat: DD. nostri de duobus quærunt: I. An vulgaris vel expressa vel tacita ad bona quoque pupillaria hactenus trahatur, vt per vulgarem etiam succedatur pupillo in bonis pupillaribus? *Dyn. & Rainer.* tenent, quod sic. communiter DD. contra: quod per vulgarem tantum succedatur testatori, per pupillarem pupillo. Concedunt ergo hi vtrinque, si impubes abstineat, substitutum testatori & pupillo succedere. Sed in hoc discordant, quod ex communi, testatori per vulgarem, pupillo per pupillarem succedatur: quum *Dyn. & Rainer.* velint per vulgarem vtrique succedi. II. Quæstio est: Num concurrere possint vulgaris & pupillaris? DD. tenent quod sic, eo modo vt infra sequitur. Chiffletius DD. communem sententiam impugnat.

DD. ita distinguunt:

Aut pupillus moritur, viuo testatore: & tunc sola vulgaris locum habet: pupillaris autem substantialia cessant. Ergo nulla de bonis pupillaribus quæstio esse potest. Nam pro substantia pupillaris necessum est, vt pupillus sit sub potestate testatoris, & in patris potestate maneat, & per mortem patris, sui iuris & paterfamilias efficiatur. Is autem, qui viuo patre testatore, moritur, filiusfamilias moritur, vt suo loco dicemus. Et ita decidit *Zas. in tract. vulgar. substitut. §. vltimus effectus.* adducit *l. quod si filius. 11. infr. capt. & postlim. reuers.* De cuius textus sententia bene disserit *Chifflet. de substitut. cap. 14.* vt nuper circa secundum effectum vulgaris substitutionis §. De secundo casu, &c. dixi.

Aut pupillus superstes est testatori: & distinguo, vtrū vulgaris, an pupillaris facta sit:

Si pupillaris facta est, g subdistinguendum.

Aut enim filius sese paternæ hæreditati immiscuit: & res certa est cum hæreditate paterna pupillarem quoque ad substitutum pertinere. Neque hæc nostra materia est.

Aut filius expressim sese abstinuit.

g Non quærimus nunc, an is, qui patris hæreditatē habere vult, cæteris paribus, etiam filii hæreditatē agnoscere cogatur: an econtra qui filii hæreditatem agnoscit, etiam paternam vna habere cogatur: de qua per Baldum *l. quidam Eulogio. C. de iur. deliberand.* & erudite *Loriot. de apicib. iur. tit. de substitut axiom. 34. Trentacinq. de substitut. part. 2. c. 18.* Sed hoc in controuersiam venit, quando cum bonis testatoris filii quoque hæreditas ad substitutum pertineat, si ea habere velit.

Et si quidem solus fuerit institutus, suitatis existentia confirmat tabulas pupillares. *Angel. Perusin. in tract. suitatis, nu. 18. versic. tertius casus. Mant.* h *de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 5. num. 5. Trentacinq. de vulg. substitut. cap. 13. num. 8. Graff. §. substitutio. q. 26. num. 2. & §. suitas. q. 8. num. 2.* Ergo nullum dubium est quin hæreditas pupillaris ad substitutum pertineat. Idemque de hæreditate testatoris iudicandum, si ex tacita vulgari adierit hæreditatem testatoris. Expressam namque pupillarem hoc in casu, quando filius expresse abstinet, vulgarem tacitam continere, supra quæst. 2. circa regulam: Quod pupillaris expressa vulgarem tacitam contineat. ampl. 2. ad finem: & quæst. 4. effectu 2. versic. Circa vulgarem tacitam. annotatum est. Ergo aditione ex vulgari substitutione opus est, vt substituto quæratur hæreditas testatoris: minime autem necessaria est hoc fine, vt tabulæ pupillares confirmentur: quum suitatis existentia ad earum confirmationem sufficiat. *Angel. in l. apud Iulianum. §. idem Iulianus. num. 2. infr. ad SC. Trebell.* Vtramque ergo hæreditatem substitutus hic capit. Si autem filius impubes, cui pupillaris substitutio facta est, habuerit cohæredem extraneum, tollitur suitas. Receptior enim hæc sententia est, quod per dationem hæredis extranei, tollatur suitas. Ergo si filius expressim abstineat, & extraneus hæreditatem repudiet per suitatis existentiam, non possunt tabulæ pupillares confirmari: sed necesse erit, vt pupillaris substitutus ex tacita vulgari hæreditatem testatoris amplectatur. Ita per aditionem ex tacita vulgari confirmabuntur pupillares tabulæ: quod mirabile est, vt videlicet expressa substitutio confirmetur per tacitam. Capit ergo substitutus bona testatoris, & si postea pupillus pupillari ætate decesserit, percipiet & bona pupillaria. *Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 5. n. 6. Trentac. d. cap. 13. num. 8. Graff. §. substitutio. q. 26. num. 3. & §. suitas. q. 11. num. 1.*

h Nota, Baldus in *l. fin. num. 10. C. instit. & substitut.* habet distinctionem subtilem, huc pertinentem. Sed illa non per omnia est recepta, vt recte docet Mantica *de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 5. num. 6. ad fin.*

Aut facta est vulgaris expressa, & subdistinguo.

Aut enim deficit conditio vulgaris, puta: quia filius factus est patri hæres, & si quidem intra pupillares annos decedat, substitutus succedit ex tacita pupillari, & si cum pupillaribus bonis capit paterna. Quæ non est nostra materia. Aut vero sumus in vulgari: vt, quia filius expresse abstinuit, & succeditur ex vulgari: quod si postea filius in pupillari ætate decesserit, ex tacita quoque pupillari succedit substitutus. Et hæc est communis DD. sententia, quam hac ratione probant: quod ad substantiam pupillaris necessarium nõ sit, vt filius hæres existat: quum exhæredato quoq; pupillaris fieri possit.

Quartus effectus substitutionis vulgaris est, quod per eam succeditur testatori, non ei, cui fit substitutio: text in *princip. Institut. de pupill. substitut.* & hoc interest inter vulgarem substitutionem & pupillarem: quod per vulgarem substitutionem succeditur testatori in bonis testatoris: per pupillarem substitutionem non succeditur testatori, sed pupillo, cui facta est substitutio. *Bart. h. num. 38. ibi Alex. num. 37. Barth. Socin. num. 38. Ias. num. 62. Francisc. Rip. num. 173. Alciat. num. 124. & Zas. num. 32. vers. tertius effectus. & reliqui, Bald. in l. eam quam. num. 52. C. fideicom. Loriot. in apicib. iur. tit. de substitut. axiom. 34. Duaren. ad tit. n. hic rubr. de effectu vuglaris substitutionis, prope fi. vers. diximus supra. Benedict. loco relato, in materia vulgaris, nu. 113. Sfort. de vulg. substitut. d. q. 5. vers. quartus effectus. Chifflet. c. 16. in princ. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 5. num. 2. Graff. d. § substitutio. q. 12.*

Ampliatur hæc sententia 1. vt idem sit in vulgari expressa, quæ in se 187
continet pupillarem tacitam. Nunquam enim per vulgarem pupillo succeditur. *Mant. d. tit. 5. num. 2.* Nam etsi Dyno & Rainerio visum sit, quod per expressam vulgarem, *i* quæ in se tacitam pupillarem continet, etiam pupillo succedatur, idque propter coniunctionem & vicinitatem, quam cum vulgari hac habet pupillaris: *l. 2. §.* k *sed si ita scripserit. infr. hoc. eod. tit.* vbi propo-

i Non quærunt DD de hoc, an substitutus in terminis huius ampliationis et pupillo succedere possit, si ille in pupillari ætate moriatur. Hoc enim concedũt. Sed quæstio est: verum pupillo etiam succedat per vulgarẽ. Quod DD. cõmuniter negant, dicentes, pupillo succedi per pupillarẽ.

k Sed si ita scripserit: si filius meus mihi hæres non erit, Seius hæres esto, filius hæres esto. Secundo quidem gradu Seius scriptus est hæres: & si filius hæres non extiterit, procul dubio Seius ei hæres erit. Hæc verba (procul dubio Seius ei hæres erit) Dynus & Rainerius ita intelligunt, ei, id est, filio hæres erit, per vulgarem substitutionem, quando filius impubes moritur. At hæc non est textus sententia. Hoc enim dicere vult IC. Ei, scilicet patri hæres erit. aut si exponere vis, ei, id est, filio, intellige, quod ei succedat per tacitam pupillarem. *Bart. h. n. 39. Chiffl. c. 16. ad princ.* cuius codex corruptus est. *Trentacinq. de vulg. substit. c. 13. num. 47. Dyn. & Rainerius* textui in tribus violentiam inferunt: I. dum intelligunt eum de eo, qui hæres non est, & impubes decessit. II. dum exponunt verba, ei hæres erit, id est, filio. III. Dum existimant, stante sua facti specie, quod filius abstineat, & impubes decedat, substitutum ex vulgari succedere pupillo. Imo ibi ex vulgari succeditur testatori: & si staret facti species ab illis proposita, substitutus pupillo succederet ex pupillari tacita,

proposita formula vulgaris substitutionis, IC. dixit, si filius hæres non extiterit, (puta, quia abstineat, & impubes moriatur, vt ibi in sequenti casu dicitur) substitutum ei hæredem futurum: quod illi ita exponunt: quasi per vulgarem substitutus filio succedat: verius tamen est, textum de substitutione vulgari, per quā testatori succeditur, accipiendum. Ergo si pupillus patri hęres non sit, sed expressim abstineat, substitutus ex vulgari expressa testatori succedit, *l* à qua testamentum, deficiente primo gradu, incipere potest. Si autem postea filius impubes decesserit, ex pupillari tacita (non autem ex vulgari, vt Dynus & Rainerius voluerunt) substitutus hæreditatem quoq; pupillarem occupabit: ea decidēdi ratione, quod pupillari substitutioni locus sit, etiam si filius patris se hæreditate abstineat. in *l. Iulianus. (alias incipit. si pupillus) 42. infr. acquir. her.* Hæc fuit sententia Iacobi de Arena, quam probat *Bart. h. num. 39.* dicens Iacobum de Arena sensisse veritatem. *Alex. nu. 37. Socin. nu. 39.* qui hanc communem esse testatur. *Alciat. num. 125. Bened. in materia vulgaris, vbi supra num. 113. ibidem Zas. §. vltimus effectus.* dicens, hanc veritatem. *Sfort. d. §. quartus effectus. versic. ampliatur primo. Trentacinq c. 13. nu. 1.* qui hanc communem perhibet. *Leon. de pupill. substitut. num 48. cum seqq. Graff. d. § substitutio. q. 12. num. 2.*

l Ad materiam huius ampliationis & sequentis vide quæ dico *infr. quæst.* 5. ad regulam: quod aditione tollatur vulgaris, *fallent.* 1.

m Alia ratio decidendi adferri potest ex communib. Doctorum commentis, quod à vulgari incipiat testamentū. Et hæc aditio ex expressa vulgari robur præstat pupillari tacitæ, quemadmodum aditio ex tacita vulgari tabulas pupillares confirmat, vbi eæ per suitatis existentiam non confirmantur, sicut & hic suitas per vulgarem expressam exclusa est.

188 Verum ab hac communi sententia aliqui recedunt, existimantes vulgaris substitutionis mortem pupillaris esse initium, ideoq; fieri non posse, vt vulgaris & pupillaris substitutio concurrant. *n* Ergo si ante aditam hæreditatem pupillus decesserit, substitutum ad bona testatoris tantum venire: venientes autem ab intestato pupilli bona capere. Si autem extincta sit vulgaris, & pupillus post aditam hæreditatem, in pupillari ætate decedat, tum ex pupillari substitutum succedere. *Ita Chifflet. loco relato.*

189 Amplia 2. vt idem sit in vulgari tacita, scilicet vt per illam tantum testatori, non pupillo succedatur, puta, testator instituit filium pupillum, & illi substituit pupillariter Caium: filius expresse abstinet: hic substitutus succedit ipsi testatori ex vulgari tacita. Si autem filius postea intra pupillares annos moriatur, substitutus ex expressa pupillari ad pupilli quoq; hæreditatem admittetur. Ita sentiunt *Bart. h. n. 40.* cuius sententiam communem esse dixit *Soc. nu. 40.* sequitur *Bened. vbi supra in materia vulgaris, ibidem Zas. loco relato, Sfort. d. §. quartus effectus. versic. ampliatur secundo. Trentacinq. d. c. 13. nu. 2.* dicens communem. *Graff. d. q. 12. num. 2.*

n Posita vulgari, destruitur pupillaris. Ergo si pupillus abstineat, & hæres non sit, fieri non potest, vt pupillaris locum habeat. Nego antecedens. Nam ad substantiam pupillaris necessum non est, vt filius hęres sit. 1. Pupillaris enim exhæredato quoq; fieri potest. 2. Deinde filio abstinente, pupillari est locus.

Tum (1) quod eadem sit expressæ & tacitæ vulgaris virtus & efficacia. *Mant. d. lib. 5 tit. 5 per tot.*

Tum (2) quod pupillari locus sit, etiam pupillo repudiante quæ confirmatur vel existentia sui hæredis etiam repudiantis. *Bald. in l. fin. numer. 10. Cod. institut. & substitut. Angel. Perusin. in tract. suitatis numer. 18. versic. Tertius casus. Bened. c. Raynut. verb. mortuo itaque testatore. el 2. num. 93. extr. de testam. Mant. d. tit. 5. num. 5. Trentacinq. d. c. 13. n. 8. Graff. § substitutio. q. 26. num. 2. & §. suitas. q. 8 num. 2. d. l. Iulianus. l. filius qui se paterna. 41. infr. acquir. hered. l. si filius qui patri. 12. infr. h. eod. tit.* vel aditione ex tacita *o* vulgari, sublata scil. suitate per dationem cohæredis extranei, & extraneo hærede repudiante. Et hoc mirabile est, vt videl. per aditionem ex tacita substitutione cōfirmetur expressa. *Bart. h. n. 42. ibi Socin. n. 42. Bart. in l. 2. n. 25.* vbi reliqui cōmuniter. *infr. eod. Bened. in mat. vulg. n. 116. ibi Trentacin. d. c. 13. n. 8.* qui plures adducit. Idem *Bened. in materia pupill. nu. 68. Mant. d. tit. 5. nu. 6. Graff. § substitutio. q. 26. num. 3. & § suitas q. p 11. nu. 1.*

o Tollitur suitas vel per vulgarem expressam ex communi, qui noster casus non est, vel ex datione cohæredis extranei.

p Vide quæ dico effectu quinto sequente, *fallent.* 1.

Ab

Ab hac autem communi DD. sententia, quemadmodum & à priore dissentit *Chifflet. loco relato.*

Hasce duas ampliationes subamplia 1. Nam siue pater filio impuberi vulgarem siue pupillarem substitutionem fecerit, & cum patre filius ruina aut naufragio, vno momento, vel ita pereat, vt plane ignoretur, quis alteri superuixerit, substitutus ex vulgari expressa aut tacita ad bona patris, & ex pupillari expressa aut tacita ad bona filii admittetur. Ex vulgari quidē, quum pater & filius simul perierint, & filius excludatur à bonis paternis: Vt proinde idem iuris hic sit, quod in casu abstinentiæ. *Bart.* q *hic.nu.4.* Ex pupillari autem, quia fauore substituti & substitutionis confirmandæ non præsumitur prædecessisse filius. *Alciat.* r *h.nu.126.* imo regula est: præsumi filium patri superstitem *Alciat. lib.10.* παρεργ. *cap.9. fin.* Quum primo natus, prius etiam mortuus credatur, quando aliud non apparet *Paul. Leon. de compend. substitut. num.421. & 422. per l. qui duos. 10. § 1. ibi Bart. & DD. infr. reb. dub.* atque ita post *Bartolum, Alciat. & alios hic* tenet *Bened. vbi supra in mat. vulg. nu.116. Zas. de vulg. substit. §. vltimus effectus. Mant. d. tit. 5. lib. 5. nu.3.* 191

q Bart. æquiparat casum, quo filius abstinet, illi casui, quando pater & filius vna pereunt. In casu autem abstinentiæ est vulgari locus. Ergo idem hic erit.

r Alciatus dicit hanc sententiā dubiam. & merito quidem.

Ex his, quæ dicta sunt, constat, siue impuberi vulgaris, siue pupillaris facta sit, substitutum, impubere abstinente, tam ad testatoris, quam ad pupillaria bona admitti, modo 1. filius post patrem, 2. & impubes moriatur.

Nam si vulgaris facta sit expressa, substitutus ex vulgari expressa ad testatoris, ex pupillari tacita ad bona pupilli admittitur.

Si pupillaris expressa facta sit, substitutus ex vulgari tacita ad bona testatoris, ex pupillari expressa ad bona pupilli admittitur.

Hinc mouent quæstionem DD. de patre & pupillo vna pereuntibus: Qui casus magnam affinitatem habet cum præcedente, quando filius impubes abstinet, & post patrem decedit.

Decidit Bartolus, idem in hoc casu esse, quod in præcedente, quando filius sese abstinet.

Ergo si vulgaris expressa facta est, ex vulgari patri, ex pupillari tacita filio, succedit substitutus: si autem pupillaris sit facta, ex vulgari tacita patri, ex pupillari expressa pupillo substitutus succedit. Ex vulgari, quia filius patri hæres, ex pupillari, quia filius patri superstes fuisse præsumitur. *d. l. qui duos. §. 1.*

Ad veritatem autem quæstionis quod attinet, sciendum de vulgari expressa aut tacita, quin ex ea substitutus patri succedat, parum nostros dubitare, de pupillari autem quæstionem esse.

Huic enim rationi, qua Bartoli sententia nititur: quod filius patri superstes fuisse præsumatur, multa obstant.

I. Zasius noster *h. num. 32.* sibi contrarius scribit, hanc sententiam tutam non esse. Quia (inquit) clarum est, quod pupillus non est factus hæres. Hæc ratio ociosa. Nam etsi hæc nota pupillaris sit (*Si hæres erit*) tamen pupillari locus est. 1. filio etiam exhæredato, & 2. abstinente.

II. Ita argumentor.

Aut filius intelligitur ante patrem decessisse: & exclusa est pupillaris: Aut intelligitur patri fuisse superstes, & ex pupillari tantum vel expressa vel tacita in omnibus bonis succedit substitutus.

Verum & ab hac ratione defendi Bartolus poterit. Non enim sequitur: Filius est patri superstes: Ergo per pupillarem in omnibus bonis succeditur. Nam quemadmodum per abstentionem filius excluditur à bonis paternis: ita etiam per talem casum. *Ita Bart. h. num. 40.* Transmittit quidem talis filius. *Graff §. suitas. q. 9.* At in pupillarem bona patris non veniunt, nisi filius patri hæres factus sit. Nam pater instituens, cum effectu hæredem habere vult, vt supra q. 2. ad regulam: quod pupillaris vulgarem contineat, ampliatione 2. annotatum est.

III. Bartoli sententia plane confunditur, per *d. l. qui duos. §. fin.* vbi textus clarissimus,

mus, quod filio pubere & patre simul pereuntibus, filius: patre autem & impubere simul pereuntibus, pater superstes fuisse intelligatur.

Sunt & alia iura similia.

192 Verum recte monuit *Alciat h. nu.126.* hanc sententiam, quod præcitato casu substitutus ex pupillari vel expressa vel tacita pupillaria quoque bona capiat: dubiam esse, & ab ea recedit *Zas. ibi num.32. Socin.d.l.qui duos.§. cum in bello.num.6.infr.rebus dubiis Trentacinq.de vulg.substitut.c.13.nu.3.* Nam etsi clarissimi iuris sit, si pater cum filio pubere ruina, naufragio, incẽdio simul pereat, patri filium superstitem fuisse intelligi. *d.l.qui duos.§.1. & §.fin. l.cum pubere.22. infr. reb. dub.* Tamen aliud est in filio impubere. Is enim si cum patre simul pereat, ante patrem mortuus intelligitur. Quæ præsumptio ab ipsa natura ducitur. Natura enim ipsa suadet impuberem prius decessisse quam patrem, tum ob terrorem, qui in impubere maior est, quam in pubere aut adulto: tum ob corporis & virium imbecillitatem, quæ minus quam in robustis morti obsistere potest. *d. l. qui duos.§.fin.in fin. l.si mulier.23.infr.reb.dub.l.inter socerum.26.supr. pact.dotal.*

At filio impubere ante patrem mortuo, pupillaris substitutio plane extinguitur, & pupillaria bona ad substitutum nullo iure pertinent: quum (vt suo loco dicetur) pro substantia pupillaris substitutionis necessum sit, vt pupillus sit sub potestate testatoris, & in patris potestate maneat: per mortem autem patris, sui iuris & paterfamilias efficiatur. Quæ omnia, filio ante patrem vere aut iuris præsumptione mortuo cessant.

193 Quum ergo præcitata opinio tuta non sit: DD. communiter distinctionem tradidere: tum demum fauore substitutionis pupillaris expressæ aut tacitæ filium patri superstitem fuisse præsumi, ac proinde secundum Bartoli opinionem, substitutũ patris & filii bona capere, si frater aut mater impuberis fuerint substituti. At si testator extraneam personam filio substituerit, matre aut fratribus impuberis superstitibus, tum iuxta iura præcitata filium ante patrem decessisse intelligi, vt matri aut fratribus eius seruetur successio.

Vbi vero neque mater, neque fratres eius supersunt, omnem substituto seruandam successionem.

Hanc distinctionem communiter à DD. proponi testatur *Ripa hic. numer.187.Sfort.d.§.quartus effectus.vers.ampliatur secundo.* hanc magis commumunem dicens. *Alciat.d.c.9.ad fin. Couar.lib.2.var.resolut.c.7. vers. his obstare videtur. Iacob.Menoch.de præsumpt.tomo 4.lib.6.præsumpt.50. num.34.*

Huius tamen articuli, quis primo mortuus intelligatur, patre & filio, ruina, terræmotu, bello, incendio, naufragio, aut simili calamitate sublatis, plenior resolutio petatur ex traditis per DD. in *d. l.qui duos.Bart. & Socin.l. quod de pariter.infr.reb.dub. Tiraquell. de iure primigen.quæst.17.opin. 21.num.12.13. Cacheran.decis.108.per tot.cum consilio ibi sequente. Alciat.d.c.9. Idem de præsumpt.reg.1.præsumpt.49. Couarr.lib.2. var.resolut.c.7.per tot.& Menoch.d.præsumpt.50.per tot.*

194 Hasce duas ampliationes subamplia 2. vt substitutus vtramq; hęreditatem tam patris scilicet ex vulgari, quam pupilli ex pupillari capiat, siue pupillaris hisce verbis tantum, (si in pupillari ætate decesserit) siue hisce (*si hæres erit, & in pupillari ætate decesserit*) fuerit concepta.

Nam etsi aliquibus visum sit, si pater vtramq; conditionem ita expresserit, (*si hæres sit, & in pupillari ætate decedat*) vtriusq; conditionis concursum requiri ad hoc, vt pupillari locus sit: & quod huius consequens est, filio ex-

expressim abstinente, & postea in pupillari ætate decedente, pupillarem cessare: Substitutum autem ex vulgari tantum ad patris hæreditatem admitti: Quæ sententia tribuitur Iacobo Butrigario per *Salycetum l. in testamento. C. impub. & al. substitut.* vt refert *Alex. h. num. 37. Socin. num. 40.* Receptior tamen DD. sententia est, præcitata verba (*si hæres erit*) pro substantia pupillaris substitutionis non esse necessaria: Ideoq; non obstante, quod substitutio præcitato modo copulatiue concepta sit, concursum tamen copulatorum nō requiri. Ita sentit *Alex. hic remissiue n. 37. Bart. in l. 2. infr. hoc tit. ibi Alex. n. 25.* dicens hanc communem, & reliqui. *Sfort. de substit. pup. q. 6. vers. sed aduerte. ibi Trentacinq. c. 4. n. 2.* ipsi quoq; hanc communem esse testati. *Trentacinq. de vulg. substit. d. c. 13. n. 3. remissiue. Graff. § substitutio. q. 20. nu. 2.*

III. Hæc sententia ampliatur. Nam quum per vulgarem testatori, non instituto succedatur, & sic in vulgari non de pupilli instituti, sed de patris testatoris successione quæratur, mater pupilli, cui vulgaris substitutio facta est, per substitutum vulgarem excluditur, siue ille succedat ex vulgari expressa in indiuiduo, aut in specie, quod indubitatum esse dicit, & multis rationibus probat *Vasqu. de success. progress. § 15. num. 115. 116. 117. 118. Benedict. vbi supra num. 118.* siue ex vulgari in genere expressa, vtpote contenta sub reciproca, aut compendiosa. *Idem Vasqu. ibidem num. 123. 124.* siue ex vulgari prorsus tacita, quæ videlicet sub expressa pupillari comprehenditur, vt supra q. 2. ad regulam: Quod vulgaris tacita sub expressa pupillari contineatur: fallent. 5. probauimus. s 195

s Pupillaris expressa continet vulgarem tacitam cum effectu, etsi mater pupilli in medio sit.

Hanc tertiam ampliationem limita 1. in vulgari partim tacita, partim expressa, quo ad casus scilicet indiuiduos. Nam si testator in vnum casum vulgarem indiuiduum filio pupillo substituerit, isque casus non euenerit, sed alius casus vulgaris, tum ex illo tacito vulgari casu, qui accidit, non admittitur substitutus contra matrem, quæ cohæres data sit, per *l. fin. C. instit. & substitut.* quem textum ita Bartolus intellexit.

Verum hunc Bartoli intellectum ab omnibus pene damnari, supra ad præcitatam fallentiam 5. annotatum est.

IV. Hæc sententia t ampliatur. Nam quum per vulgarem non in hæredis, sed in testatoris hæreditate succedatur: Legatorum autem ratio & natura ab hæreditate disiuncta sit: ita quidem, vt donationes & prælegata hæredi per testatorem facta, dicantur esse de bonis hæredis, non testatoris, quemadmodum & legatarii atque hæredis personæ distinguuntur: vt proinde hæres, cui per præceptionem aliquid legatum est, duas personas sustineat, hæredis & legatarii, & vna deposita, aliam retinere possit. Hinc ergo sequitur, si hæredi instituto aliquid prælegatum sit, & ille ab hæreditate sese abstinuerit, eam ve repudiauerit, prælegata in substitutionem vulgarem, quæ in dubio de hæreditate tantum facta intelligitur, non venire: sed ad hæredem repudiantem, eiusve hæredem pertinere: *leg. qui filiabus. 17. §. fin. cum l. seq. ibi Bart. & DD. l. filio. 87. infr. legat. 1. l. Sextiam.* u *32. infr. legat. 3.* 196

t Ad regulam: Quod per vulgarem testatori succedatur: tres ampliationes hucusq; recitaui. Restat quarta, ad prælegata hæredibus facta pertinens: Propono facti speciem. Instituo hæredes duos: vni prælegaui meā bibliothecam: cui substitui Caium vulgariter. Ille, qui prælegatum accepit, repudiat meam hæreditatem: ita quidem vt, quo ad eius partem, vulgari substituto locus sit. Quæritur, num ille substitutus etiam prælegatam bibliothecam capiat: an vero illa maneat penes hæredem repudiantem? Videri alicui possit, quum surrogatio & substitutio in legatis quoque fieri possit: substitutum ad hæreditatem, & ad prælegatum admittendum. Contrarium verum. Nam 1. per substitutionem vulgarem succeditur testatori: At prælegata hæredi facta, dicuntur esse de bonis hæredis, non testatoris. Distinguuntur ergo legata ab hæreditate. 2. Ita distinguuntur personæ hæredis & legatarii: At substitutus vulgaris est hæres, & succedit vt hæres: Ergo non vt legatarius, neque in legatis. *l. qui filiabus. 17. §. fin. infr. legat. 1. l. Sextiam. 32. infra legat. 3.*

u Sed quæritur, in totumne an pro parte tantum illa legata ad repudiantem pertineant. Iulianus *l. & quidem 18. infr. legat. 1.* videtur decidere quod sic. At inutile est legatum, quod hæredi a semetipso relinqui aut deberi legatum non potest. Ideoq; si cohæredem habeat, partem prælegati a cohærede capit, pars reliqua, quæ a seipso sibi legari non potuit, hæreditaria portio iudicatur. Ergo illa pars ad substitutum pertinebit. *Alciat. hic num. 133. l. miles. 75. §. fin. infr. de legat.* 2. Sed repugnat *d. l. & quidem.* Alii alias conciliationes tradunt. Tu vide Chifletium *d. c. 16. ad fin.*

gat.3.Bart. hic remissiue, num.44. Socin. num.46. Alciat. num.133. Benedict. vbi supra in materia vulgar. num.114. Chifflet. d.c.13. num. 14. Idem Chifflet. d. cap. 16. versic. vltimo quaritur.

Hanc ampliationem quartam limita 1. si de contraria voluntate testatoris constiterit, quod legata ad substitutum vulgarem pertinere voluerit: puta, si omnem fere substantiam per prælegata diuisit inter hæredes: quia tunc videtur velle, vt prælegata succedant loco portionum hæreditatis. Ideo repudians hæreditatem prælegata non retinet. *Socin. hic. nu.46. ibi Alciat. num.133. Benedict. loco relato, num.115. Trentacinq. d.c.13. nu.14. vers. hac conclusio declaratur. d.l. filio. cum l. seq. infr. legat. 1.*

Declaratur 2. vt procedat x in filio, cui pupillaris facta est, abstinente & post pupillares annos decedente. Nam illi succeditur ex vulgari tacita. Ergo prælegata ad substitutum non pertinent, aliud, si pupillus abstinens inter annos pupillares moriatur. Nam tunc ei succeditur ex pupillari expressa, & substitutio ad omnia eius bona trahitur, per supra dicta, *Benedict. vbi supra num.115. vers. & hac vera vt dixi.*

x Hæc sententiã vera, quando succeditur ex vulgari: aliud, quando ex pupillari. Nam tunc substitutus cũ hæreditate pupilli occupat & prælegata.

Declara 3. & 4. vt per *Trentacinq. d.c.13. num.14. vers. secundo declaratur. & vers. tertio & vltimo declaratur.*

QVINTVS EFFECTVS.

197 Quinto vulgaris substitutio non tantum de suo arbitrarium hæredem facit: sed suitatem quoque prorsus tollit.

Iason in *l. si filius hæres nu.28 supr. de liber. & postum.* dicit, hunc punctum, num vulgaris substitutio tollat existentiam suitatis, esse latissimum articulum. Ille refert quinque ex ordine opiniones: alii quatuor, alii duas tantum annotarunt.

I. Sententia est Accursii in *l. Papinianus. §. quarta. supr. inoffic. testam.* quod suitas tollatur per vulgarem: quum per substitutionem videatur pater dedisse licentiam filio abstinendi, & sic eum de necessario fecerit voluntarium. Hanc magis communẽ sequuntur *DD. in d. l. si filius hæres.* quos refert *ibi Alex. num.4. Ias. num.28. Socin. hic num. 47. Gomez. tomo 1. cap.3. num.15. Trentacinq. de vulg. substitut. cap. 14. num. 1.* vbi etiam huius opinionis fundamenta referuntur: & nominatim *Alex.* decem fundamenta adfert: *Ludou. Roman. in l. apud Iulianum. §. idem Iulianus. num. 22. & seqq.* vndecim habet.

II. Sententia fuit huic contraria, quod vulgaris non tollat suitatem, etiamsi filius sese à paterna hæreditate abstineat. Rationes huius opinionis referuntur per DD. locis relatis, quemadmodum & authores, qui hanc defenderunt. Vbi tamen obseruandum, eos qui à communi dissentiunt, non omnes eiusdem sententiæ fuisse, quod tamen illi profiteri videntur, qui duas tantum opiniones hic statuunt, priorem affirmatiuam, & hanc negatiuam. Quare laudanda est Iasonis, Benedicti & aliorum industria, qui in opiniones interpretum diligentius inquisiuerunt. Sit ergo hæc sententia priori contradicens opinio: pro cuius corroboratione hoc quoque adferri potest, quod *Theophil. in Institut. tit. de pupill. subst. in princ.* scripsit ἀνάπαιστον. existentiam sui hæredis potius tollere vulgarem substitutionem, tantum abesse, vt per vulgarem suitas tollatur.

III. Fuit opinio, ita distinguens: Aut substitutus adiit ex substitutione, & est sublata suitas: aut non adiit, & secus est. Hæc traditur in glossa *d. l. Papinianus. §. quarta. in princ. glossæ magnæ* Hanc refellit *Ias. d. l. si filius hæres. num 51. versic. quarta. & Benedict. repet. c. Raynutius. verb. mortuo itaque testatore. el 2. num.192 extra. de testam.*

IIII. Quarta fuit sententia, ipsa quoque distinguens, Imolæ, de qua videatur *Ias. d. l. si filius num.52.*

V. Quinta fuit opinio, distinguens, Baldi & Angeli, quod per dationem vulgaris substituti tollatur necessitas, non autem suitas, aut effectus suitatis, quemadmodum & per beneficium abstinendi concessum à Prætore tollitur necessitas: *§. sed his permittit prætor. Institut. hæred. qualit. & differ. l. necessariis. infr. acquir. hæred.* sed non tollitur suitas, nec effectus suitatis. *l. filius qui patri. infr. eod.* Hanc, vt apparet, probat *Gomez. tomo. 1. cap. 3.*

num.15.cum seqq. & cap.9. num.34. cum seqq. vbi se ad d. cap.3. remittit, *& Zas.in tract.vulg. substitut. §.secundus effectus.* Filiusfamilias (inquit) à patre institutus, est suus & necessarius. Suus est, id est, domesticus, quasi ad proprium patrimonium veniat, eiusq; successio quadam continuatione dominii paterni facta intelligatur. Necessarius ideo dicitur, quia siue velit, siue nolit, erit hæres, etiamsi repudiet hæreditatem paternam: licet prætor ei ex humanitate beneficium abstinendi daret: sed nihilominus erit hæres iure ciuili: Quia prætor non potest vel facere, vel tollere hæredem. Cæterum si pater dederit filiofamilias substitutum vulgarem, iam filio libertas datur repudiandi etiam iure ciuili, nec opus est beneficio prætoris: quum dando ei substitutum vulgarem, pater sustulerit necessitatem succedendi: quo casu factus est voluntarius. An autem suitatis iura tollat substitutus vulgaris, dubitari potest. *Bart. in l.si filius hæres.supr.lib.& posthum.* tenuit, etiam iura suitatis tolli: quod DD. communiter sequi dicuntur. *Socin.* tamen in *d.l.1.(id est, hoc tit. n.)* dicit, Baldum & quosdam modernos contrarium tenere. Quod certe mihi verius videtur. *Hæc ille.*

Verum hæc quoque sententia aliquibus displicet, existimantibus, etiam vulgari substitutione facta, suum nihilominus manere necessarium hæredem, cui abstentionis beneficio opus sit: & verba illa generalia (si hæres non erit) suis hæredibus accommodata secundum subiectam materiam esse accipienda, de impotentiæ scilicet capite, & casibus indiuiduis sub eo contentis, firma in cæteris legis dispositione (quo ad suitatem scilicet) manente, cui in dubio testatorem derogare voluisse non est censendum. Ita *Leon.de vulg. substitut.num.165.versic.Tertius effectus. & Chifflet.cap.17.*

Quare VI. opinio hæc traditur: quod neque per vulgarem suitas, neque per solam suitatem tollatur vulgaris, nisi sequatur immistio. *y.* Ergo patre mortuo, statim hæreditas acquiritur filio iure suitatis, licet habeat substitutum, perinde ac si non habeat. Postea vero si quidem filius sese immisceat, non est dubium, quod substitutio tollatur. *l.post aditam.C.impuber.& al.substitut. iunct. l.cum bonis.infr.acquir.hæred.* Si vero abstineat, tum adhuc remanet hæres nomine, non effectu, & ideo substitutus admittitur *l.ex contractu.infr.re iudic.* Aut adhuc se neque immiscuit, nec abstinuit: tunc interim est hæres filius cum beneficio abstinendi à prætore concesso, & ex euentu apparebit, vtrum substitutus admittatur, an non. *z.* Hæc est sententia Castrensis in *dict.l.si filius. num. 13. Aretin.in §.sui.Instit. de hæred. qual. & different.* Quam ipsam rei veritatem esse dixit *Benedict.d.verb.mortuo itaque testatore.nu.93.* & probat *Cuiac. in tract.2. ad Affricanum. ad l.si mater.§.1. infr.eod.*

Sed quicquid sit, omnes dicunt, à communi in practica, non esse recedendum.

y Hæc vera in eo, qui se abstinere aut immiscere potest. Aliud, si suus decedat, antequam se abstineat, aut immisceat. Nam is transmittit hæreditatem, & excludit substitutum vulgarem, vt supra dixi. Idem notat *Grass. §.suitas. q.9.*

z Sed quid, si moriatur, antequam se immisceat, aut abstineat? Respondeo, transmissioni erit locus. Fiant ergo hæc membra: 1. Aut suus se immiscuit, & tollitur vulgaris. 2. Aut se abstinuit, & vulgari locus. 3. Aut adhuc se neque immiscuit, neque abstinuit, & dicendum vt hic. 4. Aut mortuus, antequam se immisceret vel abstineret, & locus est transmissioni.

Accursius in l. Papinianus. §.quarta. supra inoffic. testam. DD. ordinarie in l.si filius hæres.ibi Bart.Imol. & Alex.num.3.4.5. vbi hanc probat, & magis communem esse testatur, à qua recedendum non sit. *ibi Ias.num.28.* ipse quoq; hanc magis communem dicens, *& num.52.* vbi ait, in practica durum esse, recedere ab hac magis communi opinione. *supr. de liber.& posthum. Cyn.in l.precibus. ibi Alberic. de Rosat. num.10. C. impub. & al.substitut. DD. in l. si filius qui patri.infr.eod.tit.Bart.hic.num.45.ibi Alex.num.39.versic.quintus. Ias.nu.34. & latissime Barth. Socin. num.47.* qui interpretes pro hac sententia propugnantes longa serie refert: & hanc communem dicit, quam communiter consulentes & iudicantes sequantur. Eandem communem, & magis communem esse testantur *Benedict. in c. Raynut. verb. mortuo itaque testatore. el 2.num.190.extr.de testament.Sfort. in vulgar.substitut. §.quintus effectus. Leon. num.165.versic.tertius effectus. Zas.§.secundus effectus. Trentacinq.cap.14.num.2. & seqq. Gomez.tomo 1.c.3.num.15.c.9.num.34.Vasq.de success.resolut. §.11.num.32. Grass.§.substitut.q.24.& §.Suitas.q.10.nu.1.* imo ab omnibus, nemine discrepante, *a* teneri, dicit *Bald.d.l.si filius hæres.num.1.*

a Hyperbole. Quãquam & hoc dici possit, vsq; ad Baldum, hanc sententiam fuisse communissime receptam: ipsum autem contra hanc tenuisse.

Et

198 Et huius quidem ſententiæ Alexander loco relato decem, Iaſon quinque, alii alia fundamenta attulerunt, vt ex ample traditis per Gomezium & Trentacinquium liquet: pleraq; tamen, vtpote ad rem propoſitam nihil facientia, à communis quoq; ſententiæ propugnatoribus conuelluntur. Præcipua autem huius communis ſententiæ probatio deducitur ex *l. Cornelius 69 & l. iam dubitari 86. ſupr. tit. præced.* Vulgaris enim ſubſtitutio per verba b (*Si hæres non erit*) facta caſum quoq; noluntatis comprehendit, & propter ſubſtitutionem inſtitutio conſetur facta ſub contraria conditione, ſi hæres eſſe velit. At ſuus hæres ſub conditione, ſi voluerit, hæres inſtitutus non neceſſarius, ſed arbitrarius eſt. *d. l. iam dubitari.*

b Inſtitutus ſub cõditione *ſi hæres eſſe voluerit*, non neceſſarius, ſed voluntarius hæres eſt. At is, cui vulgariter ſubſtituitur, inſtitutus intelligitur ſub conditione, ſi hæres eſſe voluerit. Ergo is, cui vulgaris fit, arbitrarius hæres eſſe intelligitur, non ſuus. Minoris probatio extat hic. Reſp. DD. I. a diuerſis nil inferri. Aliud enim eſſe ſub conditione, ſi voluerit, aliud pure inſtituere, & vulgariter ſubſtituere. Ludouic. tamen Roman. in *l. apud Iulianum. §. idem Iulianus. num. 33. 34. infr. ad S.C. Trebell.* contendit, ſi ſubſtitutio fiat vulgaris, inſtitutionem eſſe conditionalem. II. Deinde verba (*ſi hæres non erit*) in ſuo potius κατὰ τὸ ἀκόλουθον accipiuntur, vt ſenſus ſit, ſi iure prætorio abſtineat. Indulſit autem prætor ſuis abſtinendi beneficium: non tamen ſuitatem ſuſtulit.

Excipiunt autem aliqui in *d. l. iam dubitari.* propter expreſſam & apertam teſtatoris voluntatem, de neceſſario fieri voluntarium, quando videlicet ſub conditione voluntatis inſtituto ſuo hæredi ſubſtituitur vulgariter: quo caſu ſuitas cum effectibus ſuis tollitur, ex communi DD. ſententia, de qua per *Graſſum d. § ſuitas. q. 11. nu. 8.* At nuſquam fuiſſe admiſſum, vt idem iuris eſſet, ſi pure inſtituto ſuo hæredi vulgariter ſubſtitueretur, in cuius perſona generalia illa & ambigua verba (*Si hæres non erit*) ſecundum iuris interpretationem & ſuorum hæredum conditionem, ita accipienda erunt, ſi hæres non erit, id eſt, hæres eſſe non poſſit, aut abſtineat. *Bald. d. l. ſi filius hæres. Leon. de vulgari ſubſtitut. n. 165. verſ. tertius effectus. & Chifflet. cap. 17.* Ergo vt maxime admittatur, per vulgarem, neceſſitatẽ præciſam adeundi, fauore patris inductam ſuo hæredi remitti: minime tamen inde ſuitatis extinctio concludi poterit: quum & prætorio iure abſtinendi beneficium ſuis hæredibus indultum ſit: quo tamen iure ſuitas, aut eius effectus nõ tolluntur. *§. ſed his permittit. Inſt. hær. qual. & differ. in l. neceſſariis. 57. infr. acquir. hæred. l. 1. § qui ſunt. infr. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt. Graſſ. §. Suitas. q. 7.* Et ad hoc ius prætorium, patrem teſtatorem in dubio, non aũt ad ſuitatis extinctionem, reſpectum habere conſentaneum eſt: quum ambigua aut generalia verba in dubio iuxta iuris interpretationem & ſubiectam materiam accipi notiſſimi iuris ſit. *Bald. d. l. ſi filius hæres. num. 2.* Ita etiam ſenſit *Gomez. d. c. 3.* vbi ait: ſe ſemper ita tenuiſſe & tenere, & *d. cap. 9.* quo in loco ſe ad doctrinam *d. c. 3.* refert. *Zaſ. de vulg. ſubſtitut. §. ſecundus effectus.*

Ergo contra præcitatam communem DD. ſententiam tenuerunt *Bald. d. l. ſi filius hæres. num. 1. cum ſeqq. vbi Chriſtoph. de* c *Caſtel. & Raph. Cuman. Paul. de Caſtro numer. 13. & alii relati per Iaſ. ibi* d *numer. 41. & per Socin. hic. num. 47. Alciat. numer. 153.* qui ait, ſe Bartoli ſententiam probare non poſſe. *Benedict. d. verb. mortuo* e *itaque teſtatore. num. 189. cum ſequentib. Gomez. d. cap. 3. num. 15. ibi Soarez. in addit. num. 26. Idem Gomez. d. c. 9. nu. 34. Vaſq. de ſucceſſ. creat. lib. 3 §. 21. nu. 189. ad fin. Zaſ. de vulg. ſubſtitut §. ſecundus effectus. ibi Leon. nu. 165. cum ſeqq.* dicens hanc veriorem, *& Chifflet. d. c. 17. Petr. Gregor. in ſyntagm. iur. part. 3. lib. 42. cap. 13. num. 3.* qui ait communem veram non eſſe. *Graſſ. §. ſuitas. q. 10.*

c Chriſtophorus Caſtellioneus Mediolanenſis ſubtilitatũ princeps habitus fuit. Eius auditores duo, Raphael Cumanus & Raphael Fulgoſius, dicũtur præceptoris ſcripta ſubtracta inter ſe diuiſiſſe: verene an falſo id illis obiiciatur, incertum eſt. Forſterus.

d Iaſon ibi adducit *Angelum in l. apud Iulianum. §. idem Iulianus. infr. ad SC. Trebellian.* qui profecto ita non tenet. *Angel.* hanc materiam ibi non attingit *Ludouic. Roman num* 22. *cum ſeqq.* latiſſime diſtinguendo, contrarium tuetur.

e Ille ſub verb. *mortuo itaque teſtatore. el 2.* totam ſuitatis materiam tractat, & ſub *nu. relato & ſeqq.* exponit omnes modos, quibus ſuitas tollatur.

q.10.nu.1. pro qua *f* Alex.in *d.l.si filius hæres.* decem, *& Ludou.Roman.in l.apud Iulianum.§.idem Iulianus.infr.ad SC.Trebell.* sedecim fundamenta proponit.

f Quinimo priori communi opinioni alia communis opponitur: quod suus, cui substitutio vulgaris facta est, transmittat ratione suitatis: à quo transmissario excludatur substitutus vulgaris, vt dixi supra effectu 1. membro 2. Sed respondet I. *Angel.l. Papinianus.§.quarta.num. 7.supra inof.testam.* quod suitas non tollatur in fauorabilibus filio. Idem Alciat.hic *nu.* 79. II. Alio modo respondet *Ias.hic num.*40.

Hi tamen, & alii interpretes, qui communem impugnant, in multas 199 sectas distrahuntur. vt ex commentis ipsorum, atq; notatis per Iasonem & Benedictum liquet, *g* videturq; illa omnium maxime veritati consentanea esse sententia. quod neq; per vulgarem suitas, neq; per suitatem tollatur vulgaris, nisi aut suus hæres sese immisceat, aut transmissarius *h* eius hæreditatem adeat *l.post aditam. C.h.eod.tit.* Ergo patre mortuo, statim hæreditas acquiritur filio ratione suitatis, ac si nullum substitutum haberet. Et si quidem filius sese immisceat, eiusve transmissarius hæreditatẽ adeat, non est dubium vulgarem tolli. *d. l. post aditam. iunct. l. cum bonis.infr.acquir. hæred.* Si vero abstineat, tum adhuc remanet hæres nomine, *i* non tamen re & effectu, & ideo substituto vulgari locus est. *l.ex k contractu.44.ibi: & ita bona defuncti.infr re iudicata.* Et hanc sententiam tenet *Castr.d.l.si filius hæres.num.*[illegible]. *Ang. Aretin.in §.sui. Institut. hæred. qual. & differ. Benedict.d.verb. mortuo itaq; testatore.nu.193.vers.quarta opinio.* vbi ait, hanc conclusionem esse ipsam rei veritatem, *& Cuiac. in tract.2. ad Affrican. ad l. si mater.§.1. infr.h. eod.tit. Cuiac.in l. ait prætor.alias incipit, & si fine.§ sed quod Papinianus.supr. minorib. Sfort. Oddo de restit.part.2.q.62.art.8.num.102.*

g Opiniones reperio quinque inter eos, qui à communi discedunt.

h Quando suus decedit, antequam se immisceat, transmissioni locus est, vt supra effectu primo, circa secũdum membrum annotatum est: & sic transmissarius excludit substitutum.

i Etiam suo abstinente, remanent quidã effectus suitatis.

k Ex contractu paterno actum est cũ pupilla, tutore authore, & condemnata est: postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis. Et ita (id est, hoc pacto, quia pupilla abstinuit) bona defuncti ad substitutum vel ad cohæredem peruenerunt. Textus ergo hic est clarissimus, quod substituto non obstet suus, nisi cum effectu & re ipsa hæres sit. Aliqui intelligunt hunc textum de pupillari. Sed errant. 1. Quia textus vult substituto propter abstentionem filiæ, locum esse. 2. meminit de bonis paternis tantum. 3. de nullo substantiali pupillaris mentio extat, imo illius materies textui non conuenit. Videatur *Cuiac. & Sfort. hic relati.* Plenior autem expositio huius textus extat apud *Zas.lib.2. singul. intellect. ad d.l.ex contractu. Cuiac.lib.12.obseruat.cap.12. Ari.Pinel. l.1.part.3.num.49.C.de bon.mater.Syluan.in tract.feudali.q.79.num.7. Cephal.cons.346.num.18.Alphan.in reportat.num.374.*

Bartolus existimat, per vulgarem tolli suitatem. At econtra aliqui sentiunt, per suitatis existentiam tolli vulgarem. Ita supra q.2.ad regulam: quod pupillaris expressa contineat sub se vulgarem tacitam: ampliatione 2. ad finem annotatum est. Et videtur clarissime hæc sententia probari authoritate Theophili in *princ. Instit. de pupill. substit.* vbi ait, vulgarem substitutũ in extraneo in multis casibus, in filio vero vno duntaxat in casu locum habere, si filius ante patrem testatorem moriatur. At si patri filius sit superstes, substitutioni non esse locum. Ille enim (inquit) statim patri fit hæres, neque abstinendo hæredis nomen ponit. Contra hanc sententiam authoritate Theophili nitentem *Castr. Angel. Benedict. Cuiac.* tenent: solam existentiam sui hæredis non tollere vulgarem. Quid tenebimus? Respondeo 1. Quod Theophilus dicit: vno tantum in casu locum esse vulgari: si filius ante patrem decedat, & si patri sit superstes, eam cessare, veram esse, cæteris paribus. 2. Quod autem Theophilus addit: filium ne quidem abstinendo, nomen hæredis ponere: id eum sensum profecto non habet, quasi substitutio excludatur, etiam filio abstinente. Sed voluit Theophilus illam sententiam, quod suus statim patri ipso iure sit hæres: obiter extendere: quod vsque adeo vera illa sit, vt suus ne quidem abstinendo nomen hæredis ponat. Porro quum clarissime tantum de nomine hæredis meminerit, illud suum deponere non posse: certe ostendit, nomine tantum filium abstinentem non reipsa hæredem esse: eoque effectu inspecto, illum filium non obstare substituto vulgari. Patrem autem, qui vulgariter filio substituit, & eum beneficio prętorio abstentionis communitum esse nouit, filium instituendo haudquaquam nominetenus & ex potentia suitatis tantum, sed ex dispositione sua, & cum effectu hæredem habere velle, supra loco relato docui. Quare filio abstinente, substituto locus est. Et profecto horum interpretum doctrina mihi magis quam aliorum placet.

Etsi autem res ita sese habeat, pleriq; tamen eorum etiam, qui contra 200 Bartolum pugnant, in praxi à communi sententia non esse recedendum, monent.

monent. Illam ergo retentam limita 1. vt non procedat in vulgari prorsus tacita, comprehensa sub expressa pupillari: puta, institui filium solum, & illi substitui pupillariter Caium: Filius meus expresse se abstinet ab hæreditate. Hic est casus vulgaris tacitæ, per quam substitutus ad meam hæreditatem admittitur, vt supra q. 2. circa regulam: Quod pupillaris vulgarem tacitam contineat. ampliatione 2. prope finem annotatum est. Ipsas autem tabulas pupillares confirmat suitatis existentia in filio intra pupillares annos post patrem moriente, vt circa præcedentem effectum quartum, ampliatione secunda probatum fuit. Quocirca per vulgarem tacitam sublata dici nullo modo potest. l *Ita Barth. Socin. hic. nu. 47. vers. primo in tacita vulgari. Alex. in d. l. si filius hæres. nu. 5. vers. & primo. Ias. nu. 54. vers. limita primo. Benedict. d. verb. mortuo itaq. testatore. num. 194. vers. & primo. Vasq. de success. creat. lib. 3. §. 21. num. 189.* hanc communem & veram dicens. *Gomez. d. cap. 3. num. 16. cap. 9. numer. 36. versic. secundo principaliter. Sfort. de vulg. substitut. q. 5. §. quintus. vers. prima. ibi Chifflet. c. 17. & Trentacinq. c. 14. nu. 2. Didac. Segura l. 3. §. fin. num. 149. supr. liber. & posthum. Graff. §. suitas. q. 10. nu. 4.*

l Si suitas esset sublata per vulgarem, nullum haberet effectum. At habet effectum. Nam cōfirmat tabulas pupillares. Ergo non potest dici sublata.

201 II. Limita in iure accrescendi, quod intelligitur esse tacita substitutio. *l. si Titio & Meuio. 63. §. Iulianus. infr. legat. 2.* Ergo quemadmodum tacita vulgaris suitatem non tollit: ita idem erit in iure accrescendi. *l. si fratris.* m *3. C. de iure deliberan. Socin. hic. nu. 47. vers. secundo. Ias. d. l. si filius hæres. nu. 54. vers. Hinc est.* Quod illis in casibus exceptis procedit, in quibus per dationem cohæredis extranei suitas non tollitur. Regulariter enim, vt DD. nostris communiter visum est, per dationem cohæredis extranei suitas tollitur. *DD. in d. l. si filius qui patri. infr. eod. DD. in l. apud Iulianum. §. idem Iulianus. ibi Alex. nu. 4.* vbi regulam cum fallentiis proponit *infr. ad SC. Trebell. Vasq. de success. creat. §. 21. num. 202. vers. decimus quartus. & ita bene declarat Trentacinq. d. c. 14. num. 3. vers. hinc ex ista. Graff. § suitas. q. 10. per tot.*

m Si fratris tui filius mortis tempore in patris sui fuerit potestate, siue ex asse hæres institutus est, etiam clausis tabulis hæres potuit existere: siue ex parte, (& per consequens habuerit cohæredem) nihilominus statim suus ei hæres extitit, &c. Textus ergo expressus est ad hoc, quod etiam habens cohæredem suus remaneat.

202 Versamur in expositione eius regulæ: quod vulgaris tollat suitatem. Suitatis materia suam peculiarem habet tractationem.

De Angelo Politiano, qui gloriabatur, se in glossis vel Accursium superare, & ad omnem, & de omni quæstione respondere posse, refertur, quod rogatus à Socino, quis suus hæres diceretur, obmutuerit. *Alciat. lib. 4. ad fin. de verb. signif. Vigl. §. 1. Institut. hæred. qualit. & diff. Petr. Gregor. in syntagm. iur. lib. 42. cap. 13. num. 1.*

Suitas est hæredum qualitas, qui primum in potestate paterna locum tenent, continuationem dominii, necessitatemque successionis ipso iure inducens. Ita definit *Alciat. lib. 5. παρέργων cap. 19.*

Dicimus ergo suos hæredes liberos in potestate positos, qui primum potestatis locum habent, quasi domesticos & familiares hæredes: quum viuo quoque patre, quodammodo dominum habere existimentur: nec tam in nouum dominium succedere, quam vetus continuare videantur, magisque ad propria debita, quam ad aliena bona vocentur. *§. sed sui. Institut. hæred. qualit. & differ.*

Qua de causa sui hæredes illico apparent & existunt, & ipso iure hæredes deprehenduntur, nec aditione egent. *l. pen. §. si patronus. infr. bon. libert. Brisson. de verb. significat. lib. 17. verb. suos hæredes.*

Duo sunt requisita suitatis. 1. Quod in patria potestate sit. 2. & primum locum obtineat in gradu. *Benedict. repet. c. Raynutius. verb. mortuo itaque testatore. el 2. num. 11. & seqq. Graff. §. Suitas. q. 4. in princ.*

Diuiditur suitas in plenissimam, quando filius se immiscuit: plenam, quando se neque immiscuit, neque abstinuit: semiplenam, quando expresse abstinuit. Quo casu quædam suitatis reliquiæ remanent. Hæc diuisio traditur per Baldum in *l. quidam Elogio. numer. 15. C. iure deliber. Angel. in tract. suitatis, ad princ. Benedict. rep. d. c. Raynutius. verb. mortuo itaque testatore. el 2. numer. 96. & 100. Graff. in lib. recept. sentent. §. suitas. q. 5. & q. 8.*

Effectus

Effectus suitatis triginta & vnum refert *Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 18. num. 15. vsque 46.*

Modos, quibus tollitur suitas, explicat *Benedict. d. verb. mortuo itaque testatore. num. 189. cum seqq. Graff. d. §. suitas. q. 10. & 11.*

Qui totam materiam cognoscere vult, ille *Angelum in tract. suitatis. Benedict. d. verb. mortuo itaque testatore. el 2. per tot. Vasquium de success. creat. lib. 2. §. 18. per tot. & Graffum d. §. Suitas.* videat.

Tradunt ergo nostri vulgari substitutione tolli suitatem: ea potissimum decidendi ratione, quod suus hæres sub conditione, si voluerit, institutus voluntarius hæres fit. *L. iam dubitari. supr. tit. praced.*

At is, cui vulgariter, per verbum indiuiduum, *(Si hæres esse nolit)* aut speciale, *(si hæres non erit)* aut generale (vt contingit in reciproca) substituitur, institutus intelligitur sub conditione, si hæres esse voluerit: & propter substitutionem institutio est conditionalis.

Quum autem verba indiuidua, specialia, generalia, importantia conditionem (Si velit) deficiant, & proinde hæc ratio cesset in substitutione vulgari tacita: sequitur & decisionem ipsam cessare.

Infer 1. Quod vulgaris contenta sub pupillari non tollat suitatem.

Infer 2. ad ius accrescendi, quod est tacita substitutio.

Infer 3. ad vulgarem tacitam, quo ad casus speciales, aut indiuiduos.

III. Limita eadem ratione, si testator expresserit in suo testamento caput impotentiæ tantum. Nam etsi casus hic ad casum noluntatis trahatur, vt supra annotatum est: casus tamen, ad quem extensio fit, suitatem non tollit. Quemadmodum nec vulgaris tacita, ad quam pupillaris expressa porrigitur, id efficit. Tum enim per vulgarē suitas *n* tollitur, quando aut verba generalia, *(si hæres non erit)* aut vterq; casus specialis, *(si hæres esse nolit, aut non possit)* aut saltem casus noluntatis exprimuntur: aliud iuris est de capite impotentiæ expresso: quum substitutio vulgaris, respectu alterius casus, noluntatis scilicet, tacita sit, eoq; suitatem, vt circa primam fallentiam quoq; dictum est, tollere nequeat. *Socin. hic num. 47. vers. tertio limita. Alex. d. l. si filius hæres num. 5. vers. secundo. Ias. num. 54. vers. item infertur. Ludouic. Roman. d. §. idem Iulianus. num. 40. cum seqq. Vasq. d. §. 21. num. 190. vers. secundus casus. Gomez. d. c. 3. num. 16. vers. secundo. c. 9. num. 35. vers. limita primo. Trentacinq. d. c. 14. num. 5. Graff. §. suitas. q. 10. num. 3.* 203

n Vt substitutio cōditionalis intelligatur ratione noluntatis, necesse est hoc caput in genere, vel in specie expressum fuisse.

IV. Limita, quando substitutio fit, vt DD. loquuntur, in suitate, *o* iuxta consilium Galli, aut legis Velleiæ: puta, si testator dixerit: si filius, me viuo, morietur, nepotē substituo. *l. Gallus. in princ. & per tot. supr. liber. & posth.* 204

o *Alciat. hic nu. 39. & 153.* ait, cōsilium Galli de hæreditate, non de suitate loqui, & in *lib. 3. παρεργ. c. 9.* Verum DD. substitutionem in suitate factam, secundum consilium Galli factam intelligunt. Vide supra *q. 2. ad fin. vers. duodecimo limitant.* Si testator ita dixerit (*Si filius hæres non erit*) substitutio intelligitur facta in hæreditate: si ita (*Si filius, me viuo, morietur*) intelligitur facta in suitate, secundum DD.

Tum (1) quod hæc forma substitutionis *(si filius, me viuo, morietur)* tantum caput impotentiæ comprehendat: quo ad caput autem noluntatis, tacita sit. Ergo idem iuris hic erit, quod in limit. tertia præcedente.

Tum (2) quod is filius, qui ante patrem testatorem moritur, patris hæreditati sese immiscere nequeat, & neque hæres, neque voluntarius hæres sit, ac proinde fieri nullo modo possit, vt illi dicatur abstinendi licentia concessa. Non enim dicitur nolle, qui velle non potest. *l. pater Seuerinam.* p *100. infr. condit. & demonstrat. l. eius est nolle 3. infr. reg. iur. Socin. h. numer. 47. versic. quarto limit. Alex. dict. l. si filius. num. 5. versic. tertio fallit. ibi Ias. num. 57. vers. secundo princip. Bened. d. verb. mortuo itaque testatore. nu. 195. vers. secundo limit. Vasq. d. §. 21. nu. 191. vers. tertius casus. Gomez. d. c. 3. nu. 16. vers. tertio eleganter. & cap. 9. num. 39. versic. quinto principaliter. Sfort. de vulgari substitut. d. q. 5. vers. secunda. Trentacinq. d. c. 14. num. 8. Graff. d. §. suitas. q. 10. num. 6.*

p De hac *l. pater Seuerinam.* dixi supra *qu. 2.* ad regulam, Quod vnus casus vulgaris trahatur ad alterum, *fallentia 1.*

V. Li-

205 V. Limita, quando pater filio duplicem substitutionem vulgarem & fideicommissariam facit: siue vnum aliquem per fideicommissum & vulgariter, siue duos, vnum quidem per fideicommissum, alterum vero vulgariter illi substituat. Nam si duos illi substituerit, potior fideicommissarii causa erit, qui proinde institutum cogere poterit, vt hæreditatem adeat, & ex SC. Trebelliano restitutionem sibi faciat, vt late supra quæstione 3. §. Sextum exemplum. probatum est. Si autem vnum aliquem substituerit, vtraque substitutio valebit: & in arbitrio substituti erit, ex fideicommissone, an ex vulgari admitti velit. Et si ex fideicōmisso venire malit, institutum ad aditionem cogere poterit, vt supra d qu. 3. versic. Quintum exemplum. annotatum fuit.

Ergo etsi inter DD. satis conueniat, per vulgarem tolli suitatem, & filio abstinendi licentiam à testatore *q* concessam intelligi: Tamen id hactenus solummodo verum est, vbi testator tantum substitutum vulgarem dedit: aliud si & fideicommissarium fecerit. Nam tunc abstinendi licentia minime concessa intelligitur: quod interpretes notandum monent, pro vulgari clausula Notariorum, quæ communiter omnibus testamentis adscribi solet, quod testator substituerit vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum. *Barth. Socin. hic. num. 47. vers. quinto limita & versic. nono limita.* r *Ias. d. l. si filius heres. num. 65. vers. septimo. Benedict. vbi supra, num. 197. vers. quarto limitatur. Sfort. de vulg. substitut. d. q. 5. vers. tertia. Trentacinq. d. c. 14. nu. 11. 12. Vasqu. d. §. 21. nu. 193. vers. quintus casus. & nu. 204. vers. decimus sextus casus. Graff. §. suitas. q. 10. num. 8.*

q Id est, vltra prætoris beneficium.

r Ille inordinatè procedit, facit limitationes duas, quæ vna tantum sunt, & rectius coniunguntur, quemadmodum facit & *Trentacinq. d. cap. 14. num. 11. 12.*

206 VI. Limita in vulgari contenta sub reciproca: Nam illa suitatem non tollit: quum non dicatur expressa ex vi & natura verborum, sed ex legis interpretatione. *Angel. in l. Papinianus. §. quarta. ad fin. supr. inoffic. testam. Segura d. l. 3. § fin. num. 150. supr. liber. & posthum. Gomez. d. c. 3. num. 16. vers. quarto limita.* dicens hanc veriorem & *s* communiorem.

Contrarium, quod hæc vulgaris suitatem tollat, tenet *Alex. in d. l. si filius hares. nu. 5. vers. vndecimo. ibi Ias. nu. 56. Barth. Soc. h. nu. 47. vers. sexto. Benedict. d. verb. mortuo itaque testatore. n. 203.* vbi hanc veritatem esse dicit. *Vasqu. d. §. 21. num. 201. versic. decimus tertius casus.* vbi ait, plerosque scribentium, quos ipse retulerit, ita tenere, & retenta præcitata communi opinione, quod vulgaris suitatem tollat, hanc partem esse veriorem. *Gomez. sibi contrarius d. cap. 9. nu. 37. vers. tertio.* vbi scribit, se ita tenere. Nam vulgaris *t* substitutio procedens ab expressa voluntate testatoris, quæ ex verborum proprietate elicitur, caput impotentiæ & voluntatis continet, & per consequens, existentiam suitatis tollit. Sed vulgaris substitutio contenta sub reciproca procedit ab expressa voluntate testatoris, quæ ex verborum proprietate elicitur: (quum sit in genere atque generalibus verbis expressa, & generalia verba speciem non per aliquam interpretationem extensiuam, sed declaratiuam atque proprie contineant.) Ergo hæc vulgaris caput voluntatis & impotentiæ continet.

Cui porro consequens est, vt ex mente DD. suitatem tollat, atq; ita colligit *Trentacinq. d. c. 14. num. 6.*

s Exemplar excusum Coloniæ Anno 1590. hic corruptum est. Ita enim verba habent: Fortius tenet singulariter *Angel. in l. Papinian. §. quarta. in vltima col. supr. inoffic. testam.* quod vulgaris contenta sub breuiloqua vel cōpendiosa, facit cessare suitatem. Es soll heissen / non facit cessare suitatē. Idq; locus Angeli, quem adducit, & verba Seguræ requirunt.

t Id est, non restricta.

Quum vulgaris tollat suitatem: quæritur, idemne iuris sit in vulgari, contenta sub reciproca? Puta, ita dico: (*vos inuicem substituo.*) Hæc verba continent vulgarem, quæ tamen suitatem tollere non videtur. I. Quia hæc vulgaris non ex vi & natura verborum, sed ex legis interpretatione ꝓcedit, vt hic. At hæc ratio falsa. II. Quia ad hoc vt tollatur suitas, necesse est, talia verba expressa esse, quæ conditionem (Si velit) inferant. At talia

 non

non videntur esse hæc generalia, (vos inuicem substituo.) Contrarium verum. I. Plurimum differunt substitutiones, quæ ex iuris interpretatione veniunt, à contentis sub reciproca. Nam pupillaris interpretata non excludit matrem impuberis, quam excludit contenta sub reciproca. *l. Lucius.infr.eod.* II. Verbum (*substituo*) genus est. Generi autem species, speciei indiuidua insunt. Sicut ergo verbis (*Si hæres non erit*) casus noluntatis inest: ita idem de verbo generali (*substituo*) dicendum.

VII. Limita hanc sententiam in vulgari contenta sub compendiosa. Nam vulgaris tum demum suitatem tollit, quando sola est: iuncta autem cum fideicommissaria hunc effectum minime operatur, vt proxime circa limitationem 5. annotatum fuit. At sub compendiosa cum vulgari iungitur fideicommissaria siue illa verbis communibus, siue directis fiat, vt late ostendit *Leon. de compendiosa substitutione q. 23. num. 275. & q. 24. num. 380.* Ergo compendiosa non tollit suitatem. Ita sensit *Ang. in d. §. 4. num. 7. Alex. in l. si filius hæres. num. 5. vers. vndecimo. ibi Ias. num. 56. Alex. in cons. 17.* dicens, plerosque ita voluisse, & *ibi Molin in addit.* hanc veriorem esse testatur, *lib. 3. Socin. h. num. 47. vers. septimo limita. Segura d. §. fin. num. 150. Benedict. vbi supra num. 203.* dicens, hanc veram. *Gomez. d. c. 3. num. 16. vers. quarto limita.* qui testatur, hanc veriorem & communiorem, licet perperam dissentiat *d. c. 9. num. 37. vers. tertio. Vasq. d. §. 21. num. 200. vers. duodecimus casus.* qui hanc veriorem & communem appellat. *Trentacinq. d. c. 14. num. 7. vers. hæc declaratio. Graß. d. §. suitas. q. 10. num. 5.* 207

VIII. Limita in casu *l. si solus. 80. infr. acquir. hæredit.* si videlicet solus ex pluribus partibus fuerim hæres institutus. *u* Nam vnam partem omittere non possum. Nec interest in quibusdam substitutum vulgarem habeam, nec ne. Ergo verba vulgaria (*si hæres non erit*) tunc impotentiæ casum tantum comprehendunt. At impotentiæ casus suitatem non tollit. De qua sententia pluribus supra q. 2. circa illum iuris articulum: quod vnus casus vulgaris, impotentiæ scilicet, ad alterum noluntatis trahatur: fallen. 6. disputatum est. quibus nunc addantur *Socin. hic num. 47. vers. octauo limita. Alex. d. l. si filius hæres. num. 5. vers. quarto fallit. Benedict. loco relato num. 196. vers. quartus casus. Sfort. d. q. 5. vers. quarta. Trentacinq. d. c. 14. num. 9.* 208

u Ego habeo bona hic, & in Franconia. Te instituo in bonis hic existentibus. Instituo te etiam in bonis in Francia, in quibus dedi tibi substitutum vulgarẽ. Quæritur, num bona hic existentia adire, illa in Francia omittere possis? Dicendum, quod nõ. Ergo verba vulgaria, tantum continent casum impotentiæ in *d. l. si solus.*

IX. Fallentiam refert *Socin. h. num. 47. vers. decimo. ex gl. d. l. Papinianus. §. quarta.* vt communis sententia procedat, quando substitutio effectum habuit, ita quod substitutus ex ea adiit hæreditatem testatoris: secus, si mortuo testatore, repudiarit hæreditatem. Nam talis substitutionis, quæ nullum effectum habuit, nulla videtur ducenda esse ratio. 209

Sed contrarium tenet ibi *Ang. & Socin. loco relato, Vasq. d. §. 21. num. 205. vers. decimus septimus casus.* dicens, stante præfata communi opinione, hanc veriorem, & *Trentacinq. d. c. 14. num. 22. vers. decimo.* Nam communis est, quod per vulgarẽ *x* non quidem suspendatur, sed tollatur suitatis existentia: At semel extinctum nunquam reuiuiscit *l. cum mota. 6. C. transact.* Plura pro hac sententia adducit *Socin. hic. num. 47. fallent. 11. & 14. & Trentacinq. d. c. 14. num. 14. & 15.*

x Per vulgarem, quæ semel valide à testatore facta est, suitas ex communi DD. sentẽtia extinguitur. Ergo semel extinctũ nunquam reuiuiscit.

X. Limita, quando per *y* repudiationem instituti vitiarentur legata. Nam etsi legata ab instituto data in dubio à substituto vulgari repetita intelligantur: *l. licet imperator. 74. infr. legat. 1.* Quod supra ad definitionẽ substitutionis, §. Primo namq; obiicitur. & q. 3. vers. Sextum exemplum est, quando testator duplici &c. expositum fuit: Tamen hæc sententia in multis casibus fallit. Ergo si in casibus exceptis versemur, in quibus legata à substituto repetita non intelliguntur, testator vulgariter substituendo, non videtur licentiam abstinendi instituto dedisse. Ita enim legata peri- 210

y Quando per repudiationem instituti vitiantur legata: verba vulgaria (*si hæres non erit*) tantum impotẽtiæ casum comprehendunt.

perirent, & testatoris iudicium subuerteretur, quod est absurdum. Nam testator ζ vulgariter substituit sui potius quā filii fauore: & ita substituendo sibi principaliter, secundario autem filio consulit. At verosimile non est, quenquam eam in testando viam & rationem eligere, per quam ipsius iudicium euertatur. Ergo si eiusmodi casus occurrerit, testator substituendo, non videtur ius suitatis sustulisse, neque licentiam abstinendi filius habebit, nisi cum causa. Ita *Bald. in l. 1. num. 1.* vbi ait, hoc esse suum nouum dictum. *C. si quis omiss. causs. test. Alex. d. l. si filius hæres. num. 6. vers. septimo fallit. Ias. num. 58. vers. tertio limita. Socin. h. num. 47. versic. vndecimo limita. Benedict. vbi supr. nu. 199. vers. sexto limitatur. Vasqu. d. §. 21. nu. 197. versic. nouus casus.* dicens hanc esse communem. *Trentacinq. d. cap. 14. num. 18.* qui distinguit. *Graff. d. §. suitas. q. 10. num. 10.* ζ Ratio decidendi.

211 Fallit XI. si filius institutus sibi ipsi substitutus proponatur, vt sunt textus *l. sed si plures. 10. §. fin. l. fin. §. Titius. infr. h. tit. l. si ita in princ. infr. bonor. possess. secund. tab.* & primum gradum prætermiserit, quod facere potest. *l. 1. §. si proponatur. infr. si quis omiss. causs. testam.* Quo casu suitas non tollitur. Nam etsi ex primo gradu de iure ciuili necessarius hæres non sit: tamen si repudiarit primum gradum, per hoc purificabitur conditio substitutionis, & ipse hæres suus atque necessarius erit ex secundo gradu. *arg. l. a conditionibus. 5. infr. condit. & demonstr.* Ex quo textu probatur, quod filius in potestate, sub conditione potestatiua substitutus, impleta cōditione, hæres sit necessarius: quodq; institutio pura & purificata comparentur. *Castr. ibi num. 2.* & ita decidit *Bald. in d. l. 1 num. 1. si quis omiss. causs. testam. Alex. in d. l. si filius. num. 5. vers. octauo fallit. ibi Ias. num. 58. vers. quarto. Socin. h. num. 47. vers. duodecimo. Benedict. loco relato, num. 200. vers. septimo. Vasq. d. §. 21. num. 194. vers. sextus casus. Sfort. d. q. 5. vers. quinto. Trentacinq. d. c. 14. num. 16. Menoch. de adipiscend. possess. remed. 3. num. 73. 74.* a Textus diserte non loquitur in substitutione, sed de ea recte quoque intelligitur.

Fallentia II. est de filio, qui sibi ipsi substituitur, text. *l. sed si plures. §. fin. & l. fin. §. Titius. infr. eod.* vt, verbi gratia: *Instituo filium sub conditione potestatiua, si in curiam ascendat, & si hæres non sit,* (id est, ex primo gradu, & non ascendat.) *eundem hæredem esse iubeo, & sibi ipsi substituo.* Hæc profecto est vulgaris, quæ tantum noluntatis casum continet. Nam filius aliter quam sub potestatiua conditione non instituitur. Videtur ergo dicendum, quum horum verborum *(instituo te si in curiam ascendas, & si non eris hæres, aut si non ascenderis)* hæc sententia sit: instituo te, si ascendere velis, & si non eris hæres, id est, si nolis esse hæres, si nolis ascendere: omnino filio abstinendi licentiam datam, & quod huius consequens est suitatem intelligi. Contrarium verum. Nam tum demum per repudiationem concessam suitas tollitur, quando instituto alius quidam substituitur: & per consequens repudiandi licentia instituto simpliciter, non restricte conceditur. At vbi filius sibi ipsi substituitur, longe aliud est. Nam illi repudiandi facultas 1. Non conceditur simpliciter, sed restricte, id est, quo ad primum gradum tantum, hoc pacto: *Instituo te, si in curiam ascendas: Et si hæres non sis,* id est, si non ascenderis, vel ascendere nolis, *hæres esto.* 2. Et hoc fine vt, quo ad secundum gradum, constringatur fortius. Nam si filius non sit hæres ex primo gradu, per hoc purificatur conditio substitutionis: & pro eo est, ac si pure institutus fuisset: quum pura & purificata institutio comparentur.

Verum quia hæc fallentia totam materiam destruere videtur: quum supra traditum sit: per vulgarem de suo fieri hæredē arbitrarium: & quod huius consequens est, conditionem potestatiuam nequaquam necessarium, sed voluntarium potius hæredem facere. Respondent nostri, distinguendum: vtrum aliquid expressim in expressam voluntatem conferatur. vt, si dictum sit, si velis, si nolis, quo etiam verba vulgaria referunt, si hæres non eris, per quas conditiones suitas tollatur: an vero tacite quo-

LIl 2 dammo-

dammodo, & in voluntatem velatam conferatur actus: vt, instituo te si in capitolium ascenderis: quo casu suitatem non tolli dicunt: quemadmodum & inter expressam atque tacitam vulgarem in hoc iuris articulo distingui solet, atque ita *d.l.conditionibus.* ibi intelligunt, *Bart.num.4. Imol. numer.4.* quæ tamen distinctio *Castr.ibidem nu.3.* non placuit. Certior responsio est: vulgarem substitutionem tollere suitatem, nisi quis sibi ipsi substitutus proponatur. Quando enim testator filio alium substituit, repudiandi facultatem simpliciter cõcessisse intelligitur. At qui filium sibi ipsi substituit, ille repudiandi facultatem filio simpliciter minime tribuit: sed primi gradus repudiationem concedit vt ex secundo hæredem tanto fortius constrictum teneat.

Fallit XII. quando filio instituto substituitur nepos. Nam tunc non intelligitur esse sublata suitas, aut data licentia abstinendi à testatore per *l.Iulianus* b *26.infr.si quis omiss. caus. testam.* Ita sensit *Ang.h.verbo substituere. col 2.num.5.vers. tertio fallit. Vasq. d.§.21.num.196.vers. octauus casus. Idem de success.resolut.lib.2.§.11.num.32.*

b Textus non agit de tollenda suitate per vulgarem: quũ extraneo substitutio facta sit. Sed fateor decisionẽ textus etiam in suo procedere.

In *l. Iulianus.* talis facti species proponitur: Aliquis instituit quendam patrem & illi filiam suam substituit: reliquit legata testator, cum à patre instituto, tum à filia illius substituta, ita quidem vt legata ab instituto patre relicta, à filia repetita minime intelligantur. Nam si aliam rem reliquerit testator ab instituto, aliam à substituto, repetitio facta minime intelligitur. *l.licet Imperator. 74 alias 78. infr. legat. 1.* Quæritur, quum filia patri acquirat hæreditatem iure ff. & sic pater vel ex sua, vel ex filiæ aditione hæreditatem sibi acquirere possit: numnam patri arbitrium eligendi datum intelligatur? Videtur, quod sic. Quia quum suo quoque hæredi, per vulgarem abstinendi licentia tributa intelligatur: quid ni multo magis extraneo hæredi repudiandi facultas, & per consequens, arbitrium eligendi concederetur per substitutionem vulgarem. Contrarium deciditur. Verba ita habent: Iulianus scribit: patrem, qui filiam sibi substitutam iussit adire hæreditatem, legata, quæ ab ipso data sunt, ex sententia edicti præstaturum: (Hæc est decimo: Hæres, c qui omisit hęreditatem, testamento delatam, non obligatur legatarius. Excipitur autem edicto, qui ab intestato quoque successurus est, & hæreditatem ex testamento omisit, in necem legatariorum &c. Nam is etsi non adierit ex testamento, nihilominus legatariis & aliis obstringitur. *Cuiac. & VVesenbec. in paratitlis ibi.* Huius edicti sententia ad casum nostrum pertinet. Pater enim, qui vel ex propria aditione, vel per filiam, hæreditatem acquirere potest: si in fraudem legatorum, à se relictorum, quæ à filia repetita non intelliguntur, propriam institutionem omittere & aliena niti velit, ferendus non est. Hic ergo est textus, quod per vulgarem instituto repudiandi licentia, aut arbitrium eligendi tributum minime concedatur. Ratio decidendi in textu. Non enim caret dolo pater, qui, honore proprio omisso, id est, qui propria institutione omissa, (vt recte exponit *Ar. Pinel. l. 1. part.1.num.7.C.de bon.matern.*) propter compendium, id est, legatorum à se relictorum præstandorum, alienam institutionem maluit. DD. textum intelligunt in extraneo: sed idem iuris foret in suo hærede, per ea, quæ supra fallen.10. notata sunt.

c Quia sicut is, qui ex testamento & ab intestato hæres esse potest, non auditur, si in fraudem legatorum ab intestato hæres esse velit: Ita ne quidem pater, qui ex sua & filiæ persona hæreditatẽ quærere potest, audietur, si in fraudem legatorũ, ex filiæ persona quærere, ex sua omittere velit.

Verum ab hac sententia plerique discedunt.

Nam etsi verissimum est, in substitutione secundum consilium Galli & Velleii ita facta, (*instituo filium, & si filius, viuo me, morietur, substituo nepotem*) suitatem non tolli, vt supra fallentia 4. annotatum fuit: Aliud tamen est, si testator ita disponat: instituo filium & nepotem substituo Quia tunc regulæ standum, quod tollatur suitas. Estque diuersitatis ratio: quia quando ita dispono: si filius, viuo me, morietur: casus noluntatis non comprehenditur: Secus, quando simpliciter dico, nepotem substituo: quia tunc saltem

ſaltem in genere ex vi verborum comprehenditur. Ita *Ioann. de Imol. hic. numer. 10. ibi Socin. num. 47. verſ. decimotertio limita. Alex. d. l. ſi filius hæres. num. 5. verſ. ſexto fallit. Benedict. vbi ſupra, nu. 198. verſ. quinto limitatur. Trentacinq. poſt alios d. c. 14. num. 17.*

Neq; obſtat *d. l. Iulianus.* quem textum *Bart. ibi ante num. & Bald. d. l. 1. numer. 1. C. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam. & Imol. Alex. Benedict. & alii,* in extraneo, & ita intelligunt: quod patre inſtituto, & filia ei ſubſtituta, aliiſq; legatis à patre, aliis à filia relictis, ita vt data ab inſtituto à ſubſtituta repetita minime intelligantur, *d. l. licet Imperator. infr. legat. 1.* inſtitutus hæres ferendus non ſit, qui honore proprio inſtitutionis ſuæ omiſſo, propter compendium, (legatorum à ſe relictorum) alienam inſtitutionem filiæ, quæ iure ff. patri acquirebat, maluit. Ergo hac in facti ſpecie arbitrium eligendi, vt Papinianus dixit, patri minime relinquitur: quum ex perſona filiæ hæreditatem acquirere, & omiſſa inſtitutione propria, legatarios à ſe relictis legatis fraudare volens, in ſententiam edicti incidat.

213 Fallit XIII. ſi ſubſtitutus vulgaris moriatur, viuo teſtatore, & ſic ſubſtitutio efficiatur caduca. Ita ſentit *Bald. in l. ſi mater. §. 1. ad fin. infr. eod. Sfort. de vulg. ſubſtit. d. q. 5. verſ. ſexta.* Et hanc perperam communem eſſe teſtatur *Vaſq. d. §. 21.* k cuius dictum ſequitur *Graſſ. d. §. ſuitas. q. 10. num. 9.*

k Hic Alexandrum, Iaſonem, Guilhelmum Benedictum pro hac ſententia male adducit.

Certior autẽ contraria ſententia eſt, ſi communem opinionem (quod vulgaris ſuitatem tollat) defendere velimus, idque ea ratione: quod ſemel extinctum non reuiuiſcat. Ita *Imol. in d. l. ſi mater. §. 1. num. 5. Alex. in d. l. ſi filius hæres. num. 5. verſ. nono fallit. ibi Iaſ. num. 58. verſ. quinto. Socin. h. num. 47. verſ. decimoquarto. Benedict. vbi ſupra num. 201. verſ. octauo limitatur. Trentacinq. d. c. 14. num. 13.* qui hanc pulchre defendit.

214 Fallit XIV. ſi filius in maiori parte, quam in legitima inſtitutus ſit. Ratione enim legitimæ, non tollitur ſuitas.

Aliqui ex DD. aiunt, ratione legitimæ, vulgarem non habere locum & ſuitatem non tolli. De legitima enim remoueri omne grauamen: ſed maximum fore grauamen, ſi ſuitas tollatur. Ita enim filium ratione ſuitatis non eſſe tranſmiſſurum.

Alii econtra, quorum ſententiam defendit Iaſon & Trentacinquius, contendunt, vulgarem ſubſtitutionem non eſſe onus tale, quod per *l. quoniam in prioribus. C. inoffic. teſtam.* à legitima reiectum ſit. Ideoque vulgari eatenus etiam locum eſſe in legitima, vt ſuitatem tollat, etſi tranſmiſſionem minime impediat. Tranſmiſſionem namque fortiorem eſſe iure ſubſtitutionis. Et licet filius non tranſmittat iure ſuitatis: illum tamen ratione ſanguinis, aut iuris deliberandi tranſmittere poſſe. Hanc poſt alios tuetur *Trentacinq. d. cap. 14. num. 19. 20. 21.*

Gomezius *d. cap. 3. num. 17.* tres opiniones refert.

I. Quod vulgaris in legitima quoque fieri poſſit, & vtrumque caput impotentiæ & noluntatis comprehendat, pro qua octo fundamenta adducit.

II. Quod in legitima vulgaris fieri nequeat, quum in ea includatur conditio, ſi voluerit, tollens ſuitatem in filio, & per conſequens, tranſmiſſionem. At non tranſmittere grauamen. *l. Pantonius. infr. acquir. hæred.* omne vero grauamen reiectum eſſe de legitima aiunt. *d. l. quoniam in prioribus.* Ergo hodie tolli ſubſtitutionem vulgarem & conditionem, in ea excluſam, & omnes eius effectus de legitima.

III. Opinionem dicit ſe ſemper tenuiſſe: Quod vulgaris non tollat ſuitatem, nec tranſmiſſionem, nec aliquem eius effectum, ſed tantum neceſſitatem, & hoc tam in legitima, quam in aliis bonis. Vnde ille infert: ſi filius patri ſit ſuperſtes, eiuſmodi vulgarem tantum continere caſum noluntatis, non impotentiæ. Non continet caſum impotentiæ, ſi filius decedat poſt mortem patris, hæreditate non adita: quia ita grauaretur & non tranſmitteret. At de legitima reiicitur omne grauamen. Continet autem caſum noluntatis: quia ex hoc nullum grauamen cenſetur appoſitum in legitima: quum ipſe filius ſua ſponte repudiat eam, & ſe abſtinet: maxime quum legitima repudiata,

 non am-

non amplius sit legitima, nec habeat eius priuilegia & qualitates: sed sit proprium patris patrimonium, sicut alia bona. *l. cum patronus. infr. legat. 2.* Hanc sententiam etiam tenet idem *Gomez. cap. 9. num. 40. vers. sexto.*

In hac interpretum nostrorum contentione hæc notanda erunt.

1. Verissimum esse, quod vulgaris etiam in legitima fieri possit.

2. Vulgarem hanc continere vtrumque casum noluntatis & impotentiæ contra Gomezium.

3. Eandem vulgarem aut non tollere suitatem, aut si eam tollat: id tamen non aliter locum habere, nisi quo ad effectus concernentes fauorem patris, non quo ad transmissionem aliosve effectus concernentes fauorem filii.

Imo nostri contendunt vulgarem hodie, quo ad legitimam, locum minime habere, neque quo ad caput impotentiæ: quod à plerisq; approbatum defendit *Gomez. d. c. 3. nu. 21. vers. tertia principalis. & d. c. 9. nu 40. vers. sexto.* neque quo ad caput noluntatis. Nam de legitima hodie omne grauamen reiicitur. *l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. testam.* etiamsi conditio facilis sit & potestatiua, puta, si voluerit. *Gabr. Rom. commun. conclus. lib. 6. tit. de legitima. conclus. 1. num. 2. vers. primo amplia.* At si filio vulgaris fieri posset, eaque caput noluntatis contineret, tolleretur suitas, neque posset filius ius petendi legitimam transmittere, nisi prius declarasset, se velle. *l. si ita legatum. 65. §. illi si volet. infr. de legat. 1.* quod dispositioni *d. l. quoniam in prioribus.* repugnaret: quum auferre facultatem transmittendi onus esse censeatur. *l. Pantonius. 66. alias 65. infr. acquir. hæredit.* Atque hæc fuit sententia Iacob. Butrigarii, vt refert *Bald. in l. si arrogator. num. 10. 11. supr. adoption.* sequitur *Alex. d. l. si filius hæres. num. 6. vers. Decimo fallit. Socin. hic. num. 47. vers. quintodecimo limita. Bened. loco relato num. 202. vers. nono limitatur. Vasq. d. §. 21. num. 199. vers. vndecimus casus.* dicens hanc communem. *Sfort. d. q. 5. vers. septima. Graff. d. q. 10. num. 7.*

Ita ipse intelligit sententiam Iacobi Butrigarii, vt apparet ex *d. c. 9.* quã DD. accipiunt de casu magis dubio, Id est, noluntatis.

Contrarium tenet *Bald. in d. l. si arrogator. & Iaf. d. l. si filius hæres. num. 61. 62. 63. 64.* quam magis communem & veriorem dicit *Sim. de Prat. de interpret. vlt. vol. lib. 3. interpr. 2. dub. 1. fol. 5. num. 60. & post alios Trentacinq. d. c. 14. num. 19 20. 21.* ea ratione, quod per *l. quoniam in prioribus.* illa tantum onera de legitima sint reiecta, propter quæ olim dabatur querela. At propter substitutionem vulgarem olim non dabatur querela, nec per vulgarem olim tanquam per oneris appositionem vitiabatur testamentum, imo illa non habebatur pro onere aut grauamine. *l. iam dubitari. 86. supr. tit. praeced. l. iam hoc iure. infr. hoc eod. tit. Gabr. Roman. d. conclus. 1. num. 48. vers. decimoquarto limita.* veram & communem dicit *Trentacinq. d. c. 14. num. 21.* Et quod hæc substitutio onus non sit, inde illi colligunt, quod ius transmissionis potentius sit iure substitutionis. Et dato, quod tolleretur per vulgarem suitas & ius transmissionis ex capite suitatis, minime tamen filius prohiberetur transmittere ratione sanguinis & ratione iuris deliberandi. Ita *Gomez. d. c. 9. num. 40. ad fin. Trentacinq. d. c. 14. num. 21.* 215

Simplex autem veritas hæc est: quod vulgaris in legitima fieri possit, per iura prædicta, & rationes octo adductas per *Gomez. d. c. 3. num. 21.* quæ tamen filio onerosa non est, siue quod illa sententia indistincte verior sit: quod vulgaris suitatem non tollat: siue quod communis DD. sententia præcitata, cum distinctione accipienda sit: quod vulgaris tollat suitatem, quo ad transmissionem aliosve effectus, quos illa habet fauore patris, non quo ad illos, quos fauore filii operatur. *Ang. in d. l. Papinianus. §. quarta. nu. 7. Alciat. h. num. 79. 80.* atque ita hæc supra circa effectum primum huius vulgaris substitutionis exposita sunt.

XV. Limita, vt communis procedat, quando filius est institutus pure, 216

& illi

& illi datus est substitutus vulgaris: secus si non pure, sed sub conditione potestatiua, (si decem dederit) quæ vltimo vitæ spiritu impleri potest, institutus, eique nepotes substituti fuerint. Nam hoc casu, pendente conditione, suitas non tollitur, sed suspenditur: & ita loquitur *l. fin. infr. condit. institut.* vt declarat *Socin. h. num. 47. vers. sextodecimo. Trentacinq. d. c. 14. n. 1. vers. sexto & vltimo & num. 25. vers. decimotertio. Sfort. d. q. 5. vers. octaua.*

217 XVI. & XVII. Limita hanc sententiam, quando testator vel expresse cauit, ne per vulgarem tollatur suitas, vel ex coniecturis euidentibus colligeretur, id eum noluisse. *Iaf. d. l. si filius hæres. num. 69. vers. octauo. Benedict. vbi supra num. 204. vers. vnum tamen. Trentacinq. d. c. 14. num. 23. 24. vers. vndecimo. & vers. duodecimo.*

XVIII. Et vltimo limita. Nam licet suo substitutus datus fuerit, & ipse abstinuerit: tamen abstensionem suam reuocare non prohibetur, iuxta *l. fin. C. repud. hæred.* Quod supra circa primum membrum primi effectus ad finem annotatum est. Idemque tradit *Graff. d. q. 10. num. 2.*

SEXTVS EFFECTVS.

218 Sextum effectum prioribus addit *Ang. h. verb. restituere. el 2. numer. 4.* quod substitutio vulgaris impediat ius accrescendi: vbi sequuntur *Socin. num. 48. Alciat. num. 146. Zas. num. 44. & reliqui.* Et ita regulam iuris habere scribit *Bart. in l. re coniuncti. nu. 33. ibi Iaf. num. 154. Bolognet. num. 287.* dicens hoc cõmuniter DD. sequi. *Duaren. lib. 2. de iure accrescendi c. 16. Gomez tomo 1. cap. 3. num. 26. ibi Soarez in addit. num. 33. verb. item quæro. & cap. 10. num. 36. Vasq. de success. progress. in præfat. num. 1.* qui testatur hanc communem. *Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 10. & lib. 11. tit. 5. nu. 6. Sfort. de vulg. substitut. quæst. 5. vers. sextus effectus.* qui ait, omnes consentire. *ibi Leon. num. 140. versic. secundus effectus. Trentacinq. cap. 15. num. 1.* ipse quoque hanc communem dicens. *Graff. § substitutio. q. 13. num. 1 per l. 2. §. si duo.* m *infr. bonor. possess. secund. tab. l. vnic. §. in primo. & §. pro secundo. C. caduc. toll. § si quis autem non implens. Auth. de hæred. & falcid. Auth. hoc amplius. C. fideicommiss.*

Tum (1) quod prouisio hominis tollat *n* prouisionem legis: sed ius accrescendi descendit ex prouisione legis: ius substitutionis ex prouisione hominis *DD. locis relatis.*

m Hic tex. & omnia reliqua iura apertissima sunt ad hoc, quod substitutus præferatur coniuncto.

n Gabr. Roman. lib. 6. de reg. regul. 8. dicit hanc theoricam ab omnibus passim allegari, sed non omnes eius vim intelligere. Tu vltra notata per eum vide Felin. *c. pastoralis. §. cum autem. 28. de offic. delegat. Cacheran. decis. 21. num. 10. Alber. Brun. de augmento. conclus. 4. num. 9. Vital. de Camban. in tr. clausularum. vers. videamus de emologatione. num. 2. 3. Bald. in l. certi iuris. nu 17. C. locat. Zobell. in addit. 4. ad gloss. art. 24.* Landtrechts *lib. 1. Bellon. cons. 22. num. 3. cum seqq. Euerh. cons. 5. num. 10. cons. 135. nu. 3. cons. 185. num. 15. Grat. cons. 18. nu. 15. lib. 1. Decian. cons. 10. num. 19. lib. 2. cons. 78. nu. 26. lib. 3. & optime Crauet. cons. 442. num. 4. cum seqq.* Vnde plenius huius regulæ sensus liquet.

Tum (2) quod ius accrescendi dicatur esse quasi tacita quædam substitutio. *l. si Titio & Mæuio. 63. §. Iulianus. infr. legat. 2.* At expressum facit cessare tacitum. *Iaf. in d. l. re coniuncti. num. 155. Gomez. d. cap. 3. num. 26. ibi notanter Soarez in addit. num. 34. Idem Gomez. c. 10. num. 36. Sfort. vbi supra d. § sextus. ibidem Leon. num. 145. cum seq.*

219 Tum (3) quod ius substitutionis etiam tacitæ potentius *o* sit iure accrescendi. *Gomez. d. c. 3. num. 17. vers. sed aduertendum. ibi Soarez. num. 33. cum seqq. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 10. nu. 15. 16.* Ergo etsi DD. nostris communiter visum sit, ius accrescendi non tantum ex legis prouisione, verum etiam ex tacita voluntate testatoris descendere: *Soarez ibidem nu. 34.* Hæc tamen tacita voluntas, si quæ est, permissiua tantum est, non dispositiua. *Cephal. consil. 59. num. 21. 24. Mant. d. tit. 10. maxime nu. 11. Trentacinq. d. c. 15. nu. 5.* At vulgaris nõ modo expressa, sed & tacita, dispositiuam testatoris volun-

o Id est, respectu prælationis, non transmissionis. vide Manticam hic relatum, *num. 16.*

iatem habet, siue fictam eam dixerimus, siue præsumptam. *Alciat. h. nu. 26.* Quam veram expositionem dicit *Ioann. Bologn. d. l. centurio. nu. 86.* & omnibus aliis sententiis relatis probat *Menoch. de præsumpt. tom. 1. lib. 4. præsumpt. 35. per tot.* Præsumptum autem est, quod lex actum suspicatur. *Alciat. ibidem.* Quare cum ius accrescendi ex sola iuris dispositione, ius autem substitutionis tacitæ ex legis & testatoris dispositione descendat, fit, vt duo vincula magis stringant. *Trentacinq. d. c. 15. num. 6.*

Tum (4) quod substitutio sit quædam surrogatio in locum primi: & parificetur successioni descendentium: coniunctio vero non est plena surrogatio, sed magis parificatur successioni collateralium. *Ioann. Bologn. d. leg. re coniuncti. num. 290. Vasq. de success. progress. lib. 2. in præfat. nu. 13. 14.*

Amplia hanc sententiam 1. vt procedat etiam in substitutione vulgari 220
dubia, de qua in *l. fin.* p *C. hæred. instit.* Nam & illa ius accrescendi excludit, quod textus ibi, q *in totum partemve Plotii*, clarissime probat. Ita *Ias. d. l. re coniuncti. nu. 156. ibi Bolog. num. 289. & 290. Gomez d. c. 3. nu. 26. vers. & in tantum. & c. 10. num. 36.* De quo textu ea, quæ supra q. 2. vers. Quintum exemplum. & q. 3. vers. Primum exemplum: annotata sunt, huc repetantur.

p Cur dubia vocetur suo loco dixi. Quod autem hæc tollat ius accrescēdi, id textus clarissime probat.

q Alias locum.

Quinimo idem est in substitutione vulgari prorsus tacita, tum ea ratione decidendi, quæ iam proxime tertio loco relata fuit: tum *arg. l. fin.* r *C. instit. & substit.* vbi clarissime probatur, quod pupillari tacitæ, contentæ sub vulgari, matre ante substitutum præmortua, & filio intra pupillares annos decedente, locus sit. Excludit ergo filii substitutus matris cohæredis hæredes, licet eiusmodi hæredes ius accrescendi habere soleant, non secus quā ipsa mater. *l. qui patri.* s *59. infr. acquir. hæred. l. si ex pluribus 9. infr. suis & legit. hæred. leg. hac scriptura 26. §. fin. infr. condit. & demonstr. §. fin. Institut. de SC. Orfic.* Ita decidit *Bald. in d. l. fin. quæst. 33. num. 72. ibi Ias. numer. 9. C. hæred. instituen. Ias. in l. 1. num. 27. C. quan. non peten. part. Ias. in d. l. re coniuncti. nu. 157. ibi Bologn. num. 289. Socin. h. num. 48. ibi Ripa num. 181. Gomez d. cap. 3. num. 26. versic. ex quo singulariter. & cap. 10. num. 36. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 10. num. 17. Vasqu. de success. progress. lib. 2. in præfat. num. 15.* ibi communem & tenendam dicit, licet vsque ad *nu. 69.* rationibus in vtramque partem productis latissime disputet. *Sfort. de vulg. substit. q. 5. §. sextus effectus. vers. ampliatur, vt procedat. Trentacinq. d. c. 15.* t *nu. 3. 4. 5. 6. Graß. d. q. 13. num. 2.*

r Adduco textum in argumentum, quia loquitur de pupillari tacita. Ibi substitutus impuberis excludit matris, quæ cohæres data fuit, hæredes, venientes per ius accrescendi.

s Ius accrescendi trāsit ad hæredem.

t Vasquii verba loco relato *nu. 67. 68.* transcripsit *Trentacinq.*

Amplia 2. vt substitutio excludat ius accrescendi, etiamsi is, qui per ius 221
accrescendi admitti desiderat, sit filius testatoris. *l. si posthum. 14. § quod vulgo. ibi Ias. num. 8. supr. liber. & posth. Mant. d. tit. 10. nu. 19.*

Et quanquam Bartolo in *l. fin. num. 4. C. instit. & substit.* visum sit, aliud esse in substitutione vulgari tacita, si persona, quæ per ius accrescendi venit, testatori aut cohæredi valde coniuncta sit.

Tum (1) per *d. l. fin.* u *C. instit. & substitut.* cuius inductionem recitat *Gomez. d. c. 3. num. 27.*

Tum (2) quod vulgaris tacita matrem testatoris non excludat, etiamsi cohæres instituto data non sit, secundum ea, quæ de sententia DD. supra q. 2. ad regulam: Quod vulgaris sub expressa pupillari contineatur. fal. 5. annotata sunt: vt proinde multo x minus filium testatoris cohæredē datum excludere debeat. *Bart. Ias. d. l. re coniuncti. n. 157. vers. limita. Rip. h. n. 181. Leon. de vulg. substit. n. 143. 144. Sfort. d. §. sextus effectus. vers. ampliatur secundo.*

Contrariam tamen sententiam, quod indistincte substituti, ex tacita y vulgari venientis, causa potior sit, sequitur *Gomez. d. c. 3. num. 27 ibi Soarez in addit. num. 36. 37.* dicens hanc indistincte veriorem & receptiorem, quos refert *Graß. d. q. 13. num. 2.*

u Bartoli sententia malo nititur fundamento. Illius intellectus ad *d. l. fin.* à DD. communiter improbatur, vt annotatum est supra. Bart. intelligit textum ita, quod ibi mater per ius accrescendi præferatur venienti ex vulgari tacita.

x Hoc est argumētum Sfortiæ.

y Loquor de vulgari, supra de tacita pupillari disserui, an illa excludat cōiunctos hæredes instituti.

Non

Non dubito, hanc sententiam esse verissimam. Sed obseruandum, Soarezium dicere hanc receptissimam, & ad hoc adducere Iasoné, qui contrarium tenet in *d. l. re coniuncti*. At in *l. fin. nu. 9. C. hared. instit. & in l. 1. nu. 27. C. quan. non pet. part.* illam theoricam habet: quod substitutio etiam tacita fortior sit iure accrescendi. De fallentia autem Bartoli nullum habet verbum. Sed & *Vasq. de success. progress. lib. 2. in prafat. num. 15. vsq. 69.* nihil aliud habet: limitationem Bartoli non habet. Doctrinam Soarezii refert Grassus.

222 Tum (1) quod veniens ex substitutione tacita, testatoris dispositiuam voluntatem habeat: quum veniens per ius accrescendi, iuris tantũ authoritate nitatur, dispositiuam voluntatẽ testatoris non habeat, per prædicta.

Tum (2) quod euidentissima testatoris pro substituto voluntas militet. Quum enim testator expressim in bonis pupilli, in quibus etiam sua hæreditas continetur, substitutum omnibus filii coniunctis prætulerit, minime dubitandum, quin multo magis illum in parte, id est, in suis bonis voluerit prælatum. *Alciat. h. num. 20. Soarez. loco relato. l. haredes mei. 57. §. cum ita. infr. ad SC. Trebell.*

Tum (3) quod Bart. intellectus ad *d. l. fin. C. instit. & substit.* vnde ille suam fallentiam extruxit, communiter reprobetur, vt supra qu. 2. ad d. fallentiam 5. annotatum est.

Tum (4) quod illa iuris sententia, de matre testatoris, substitutum ex tacita vulgari excludente, lubrico iuris fundamento imposita sit. Tacitam enim vulgarem ea ratione contra matrem testatoris non admitti negant, qua tacita pupillaris contra pupilli matrem de iure exclusa sit. At quum hæc ratio dubia sit, vt circa effectum tertium, fallentia 5. declaratum fuit: communis quoque DD. sententia de testatoris matre substitutum ex tacita vulgari excludente dubia redditur.

223 Amplia 3. Vt, quemadmodum causa testati, intestati causam excludit: ita etiam substitutio excludat vocatos à lege. *l. fin. C. necess. seru. hared. instit. l. meminimus. C. legit. hared. Ias. in d. l. re coniuncti. num. 159. vers. tertio ad istam regulam. ibi Ioan. Bologn. num. 291. vers. secundo ampliatur.*

224 Amplia 4. vt idem sit in substitutione inualida, dummodo ex tali causa inualida sit, quæ eo destinata est, vt res ad causam intestati deducatur, vt est casus in *l.* z *pen. in t. responso, supr. iniust. test.* Ibi enim substitutio inutilis est, ex causa præteritionis posthumi, deducente rem ad causam intestati: & tamen hæc inualida substitutio excludit ius accrescendi. crebriorem dicit *Sfort. d. q. 5. § sextus effectus. vers. limitatur tertio.*

z Casus talis. Ego & Titius sumus instituti. Mihi alius, alius Titio est substitutus. Posthumus à nobis, id est, à primo gradu exhæredatus est, à substitutis nostris non est exhæredatus. Titius cohæres meus est mortuus. Dixit textus, ne me quidem adire posse, tantum abest, vt ius accrescendi habeam. Iam enim (inquit textus) propter instituti Titii personam, à quo posthumus exhæredatus est, in cuius locum substitutus vocatur, à quo posthumus exhæredatus non est, ruptum est testamentum. Si ibi substitutio facta non esset, procul dubio iuri accrescendi locus esset. Quia autem facta est, vtcunque inualida sit, ius accrescendi impedit.

Sed verius est, quod substitutio non aliter tollat ius accrescendi, nisi & (1) iure valida sit & (2) effectum habeat *Io. Bolog. in d. l. re coniuncti. n. 293. 300. 302. in princ. & vers. quarto fallit. Duaren. de iure accresc. lib. 2. c. 16. Vasq. de success. progress. lib. 2. in prafat. num. 70. l. si solus. 80. infr. acquir. hared.*

Ergo aut substitutio inualida est, sed non infirmat testamentum, neque deducit rẽ ad causam intestati: & illa iuri accrescendi non obstat: siue substitutio ab initio sit nulla, siue valida, non autem habeat effectum per caducitatem: a vt in *l. quidam testamento. 30. inf. eod.* (vbi in Sosia annullata fuit substitutio, & non impeditur ius accrescendi) vel per repudiationem *d. l. 2. §. si duo.* b *infr. bon. possess. secund. tab. Bartol. d. l. re coniuncti. numer. 37. 38. ibi Bologn. nu. 293. 301.* vbi ait, ita pertransire omnes, *& num. 302. vers. tertio fallit.*

a Quia viuo testatore decedit substitutus.

b Textus est expressus ad hoc, quod repudiante substituto, locus sit iuri accrescendi.

Mant.

Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 4. tit. 10. num. 18. Sfort. §. effectus. vers. limitatur tertio. Trentacinq. d. c. 15. num. 8. vers. secundo & vltimo.

Aut ita inualida est substitutio, vt deducat rem ad causam intestati, & omnis de iure accrescendi disputatio cessat: quum ad iuris accrescendi creationem necessarium sit, 1. vt portio, quæ defertur per ius accrescendi, sit omni iure vacans. 2. vt & altera portio sit, cui portio vacans accedat. *Vasq. de success. progress. in præfat. num. 72.*

Atq; hinc sententia *d. l. pen. in 1. responso* patet. Ibi enim posthumus, cuius gratia constitutum est, vt rumpatur testamentum, sibi ipsi locũ facit rumpendo, non alii. *l. nam etsi. 5. supra iniust. testam.* ideoq; succedit ab intestato, & impedit, ne defuncti cohæres hæreditatem adeat ex testamento.

Nulla ergo ibi portio vacans est, quum posthumus succedat: nulla portio, cui vacans accedat: quum & ex propria portione cohæres excludatur.

Vnde porro sequitur, non impediri ibi ius accrescendi, quod ius substitutionis inutilis fortius sit: sed quod substitutio reddatur nulla fauore posthumi præteriti: & ius accrescendi in omnibus substantialibus deficiat. Nullus enim esset posthumi fauor, si iuri accrescendi ibi locus foret. *Socin. h. num. 48. vers. circa sextum & vltimum effectum. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 4. tit. 10. num. 18. Sfort. d. § sextus effectus. vers. limitatur tertio. Trentacinq. d. c. 15. num. 9. 10. 11. 12. 13. 14.* qui distinguit. *Graff. d. q. 13. num. 3.*

Et quod vulgaris inualida ius accrescendi non impediat, probatur etiam in *d. l. pen. in secundo responso*, vbi eadem persona coniuncta & substituta fuit: puta, ego & Titius instituti & inuicem substituti sumus: Et licet in partem substitutionis exhæredatus non sit posthumus, *c* mortuo tamen vel repudiante Titio, ego adire potero, *d* & ex asse hæres ero. *d. l. pen.* Nam qui hæredem cum alio institutum substituit, ius hæredis augere, non minuere voluit, & substitutio ad augmentum adiecta, non operabitur diminutionem. Ergo in electione hæredis erit: vtrum ex iure accrescendi vel substitutionis venire velit; & si substitutio nulla sit, illæsum erit ius accrescendi, ex quo institutus venire poterit, iure substitutionis omisso. Ita *Bart. d. l. re coniuncti. num. 37. 38. ibi Bologn. num. 292. vers. tertio limitatur. & num. 297. Vasq. nu. 300.* vbi hanc communem esse testatur, & sex fundamentis corroborat, *& nu. 302. vers. secundo fallit. Socin. h. nu. 48.* qui testatur, Bartoli opinionem esse veriorem. Eandem communem esse dicit *Vasqu. de success. progress. lib. 3. §. 23. nu. 41. ad fin.* licet ibi sub *num. 35. cum mult. seqq.* per 14. rationes contra receptam sententiam disputet. *e*

c Id est, licet inualida sit substitutio. *d* Id est, ius accrescendi habebo.

e Quod substitutio ius accrescendi nõ in diuersis modo, sed & in eadem persona extinguat. & ad *d. l. penult. in 2. responso* alium intellectum ibi *num. 42.* adfert *Sfort. d. vers. limitatur tertio. & Trentacinq. d. cap. 15. num. 15. 16.*

Amplia 5. & 6. vt per Vasquium de *success. progress. in præfat. nu. 74. 76.*

Amplia 7. vt per Manticam *d. lib. 4. tit. 10. num. 30. & 31.*

Præcitatam regulam nunc limita 1. vt substitutio ius accrescendi non 225
excludat, quando ex coniecturis liquet, hanc testatoris voluntatem fuisse, vt habens ius accrescendi præferatur substituto. Quemadmodum enim veniens ab intestato ex præsumpta voluntate defuncti venientem ex testamento excludit, per *l. si quis ita. 82. supr. hæred. instituen.* vt supra ad definitionem substitutionis §. Primo namq; obiicitur &c. annotatũ fuit: Ita & coniunctus ex coniecturata testatoris voluntate substituto præfertur. *Bart. d. l. re coniuncti. n. 33. ibi Ias. n. 160. vers. limita nunc istam regulam. Bologn. nu. 292. vers. limitatur tertio. Soc. h. nu. 48. vers. quod tamen limita. Gomez. d. c. 3. n. 26. vers. quod tamen limita. Mant. d. lib. 4. tit. 10. n. 21. Sfort. d. §. sextus effectus. vers. limitatur autem primo. Trentacinq. d. c. 15. nu. 17. l. quidam testamento. 30. infr. eod.*

Limita

Limita 2. vt regula præcitata vera sit, quando singulariter & nominatim substitutio facta est vni: puta, testator ita dicit: *Instituo Titium & Seium hæredes, & si Titius hæres non erit, substituo illi Caium:* Titius autem non vult, aut non potest esse hæres. Hoc casu coniunctus Seius non admittitur: sed substitutus vulgaris præfertur, ita loquitur regula præcitata cum iuribus ibi adductis. *Zas. h. num. 44.* Aliud est, quando substitutio esset facta pluribus in tota hæreditate, per talia scilicet verba, quæ requirerēt factum vtriusque vel omnium ad existentiam conditionis, vt, si diceretur, si nullus erit hæres, vel si neque Titius, neque Sempronius erunt hæredes, vel similia, de quibus in *l. hæredes mei. 57. §. cum ita.* f *infr. ad SC. Trebell.* Et hæc est sententia *d. l. quidam testamento. 30. ibi, si neque &c. infr. eod. Bart. in d. l. re coniuncti. num. 33. ibi Ias. num. 161. versic. secundo limita. Ioann. Bolog. num. 292. versic. secundo limitatur. DD. in l. pen: ibi Dec. num. 6. versic. secunda ista conclusio limitatur. C. impuber. & al. substitut. Ang. in d. l. hæredes mei. §. cum ita. ibi Alex. num. 19. Bolog. num. 273. vers. quarto fallit.* late de hac materia differit *Mant. d. lib. 4. tit. 10. num. 25. 26. 27.* latius *lib. 11. tit. 5. num. 1. vsq. 10.* latissime & luculentissime *Vasq. de success. progr. lib. 3 §. 24. per tot. Grass. d. q. 13. num. 3. ad fin.*

f Quando non personæ singulari, sed gradui substitutio fit: substituto non ante locus est, nisi totus gradus deficiat, ita quod nullus eorum, qui in gradu illo sunt, admittatur. At si vel vnus hæres fuerit, substitutus excluditur. De quo vide, quæ dico quæstione vltima, ampliatione 1.

227 Limita 3. Quando hæredes reciproce substituuntur. Reciproce enim substituti possunt, & vt coniuncti, & vt substituti succedere: quum testator, qui ita disponit, videatur in hæredum electione posuisse, vtrum ex iure accrescendi, vel ex substitutione venire velit. *Ias. d. l. re coniuncti. num. 162. vers. tertio limitat. ibi Bolog. num. 292. vers. tertio limitatur. Mant. d. lib. 4. tit. 10. num. 24. Sfort. loco relato. vers. limitatur secundo. Trentacinq. d. cap. 15. num. 18. vers. secundo declaratur.*

Limita 4. in materia *l. si solus 80. infr. acquir. hæred.* ita *Mant. d. tit. 10 numer. 22. vers. illud vero non est omittendum.* qui textus supra quæst. 2. circa regulam: Quod vnus casus vulgaris trahatur ad alterum fallen. 5. & quæst. 4. effectu primo. §. Sexto quum verborum vulgaris substitutionis. vers. limita quarto. declaratus est.

SEPTIMVS ET OCTAVVS effectus.

228 Septimus effectus est, quod substitutus substituti, primo substitutus esse intelligatur. *Sim. de Prat. de interpr. vlt. volunt. lib. 3. interpret. 2. dub. 1. solut. 5. num. 59. versic. septimus effectus. l. si Titius 27. & l. cohæredi 41. in princip. ibi DD. infr. eod. §. sed si instituto: Institut. vulg. substitut.* De quorum textuum materia ea huc repetantur, quæ supra q. 2. ad regulam: Quod pupillaris expressa tacitam vulgarem contineat: fallen. 10. annotata sunt.

Octauus & vltimus effectus, quod vulgariter substitutus etiam capiat legitimam instituto deficienti debitam: quum & in legitima substitutio fieri possit. *Sim. de Prat. d. solut. 5. nu. 60. vers. octauus habetur effectus.* qua de re supra effectu quinto, fallentia 15. satis superq; disputatum fuit.

QVINTA QVÆSTIO.

229 Circa quintam & vltimam quæstionem obseruandum, DD. aliquot modos proponere, quib. vulgaris substitutio tollatur.

Primo tollitur aditione hæreditatis. *l. post aditam. ibi Cyn. Alberic. Bart. Ang. Salyc. Ias. Dec. & reliqui. C. eod. Bart. h. quæst. 5. num. 46. Alex. num. 40. Socin. num. 49. Ias. num. 63. Alciat. num. 144. Zas. num. 45. Leon. de vulg. substit. q. 8. nu. 166. Sfort. q. 7. Zas. §. nunc deueniendo ad quintum membrum. Trentacinq. c. 16. Loriot. in apicib. iur. tit. de substitut. axiom. 35. Gomez. c. 3. num. 33. Petr. Greg. in syntagm. iur. lib. 42. c. 16. nu. 11.* g

g Qui summarium tantum recitat.

Verba

Verba *l. post aditam. C. impub. & aliis substit.* Post aditam hæreditatem directæ substitutiones, non impuberibus filiis factæ expirare solent.

DD. communiter exponunt directas substitutiones, id est, vulgares: Pro qua expositione facit, quod supra q. 1. de nominis ratione annotatum est: quosdam vulgarem substitutionem dicere quasi directam, quod ex legis 12. tab. verbis descendat. Opponunt autem ad textum post glossam DD. hic.

Vulgaris substitutio facta non impuberibus expirat, adita hæreditate.

Ergo à contrario sensu vulgaris facta impuberi non expirat adita hæreditate, quod est falsum.

Respondet *Ias.* quando substitutio vulgaris fit maiori, adita hæreditate, in totum expirat: quia aliam sub se continere non potest: sed quando expressa vulgaris fieret impuberi, licet per aditionem tolleretur vulgaris expressa: tamen non tolleretur tacita pupillaris in ea contenta, & sic non in totum expirat. Ita Iason, dicens hanc esse intentionem glossæ.

Hæc est communis DD. expositio, & bona ad textum *d. l. post aditam.*

Recte etiam & iuri conuenienter textum exponemus, si dixerimus, illa verba *(non impuberibus filiis facta)* quasi periphrasin quandam pupillaris substitutionis esse, vt sententia textus sit directas substitutiones, id est, vulgares non impuberibus factas, id est, pupillares, aditione hæreditatis expirare.

Nam etsi vulgares quoque impuberibus fieri possint: tamen certum est eiusmodi substitutiones liberis atque extraneis, deinde liberis tam puberibus quam impuberibus fieri posse. At substantia pupillaris in eo vertitur, vt impuberibus liberis fiat.

Deinde non obstat, si obiicias secundum hanc expositionem, substitutionem exemplarem aditione hæreditatis morituram, quod falsum sit. Nam respondeo exemplarem à Iustiniano esse introductam. *l. humanitatis. C. eod. §. qua ratione. Institut. de pupill. substitut.* Quare Impp. Diocletianus & Maximianus, qui multis ante Iustinianum annis imperio præfuerunt, nihil de hac meminisse potuerunt. Ita intellexisse videtur *Angel.* qui textum ita summat: substitutio vulgaris expirat per aditionem hæreditatis non pupillaris.

Tum (1) quod substitutio vulgaris fiat sub conditione negatiua, si primus hæres non erit: Ergo si primus hæres erit, deficit conditio & potestas petendi ex conditione, & per consequens, cessat substitutio. Hæc fuit ratio Odofredi & Fulgosii, quam probant DD. hic, *ibi Ias. num. 63. Alciat. numer. 144. DD. in d. l. post aditam. ibi Ias. num. 1. & Dec. num. 1.* dicens, hanc rationem cæteris meliorem. *Gomez. & Petr. Greg. locis relatis.*

Tum (2) quod, nisi diceremus per aditionem vulgarem expirare, inuenirentur in eadem hæreditate plures hæredes in solidum & directo, quod est impossibile. *Ang. in d. l. post aditam. ibi Ias. num. 1.* dicens hanc fundamentaliorem *Gomez. & Petr. Greg. vbi supra.*

Amplia hāc sententiam 1. Nam si feci multos gradus substitutionis vulgaris, omnes expirant per aditionem primi. *Bart. h. num. 47.* cum quo transeunt DD. teste Socino *num. 50. Ias. num. 63. Alciat. num. 144. Dec. d. leg. post aditam. num. 2. Loriot. in apicib. iuris tit. de substitut. axiom. 35. Sfort. h. de vulg. substitut. quæst. 7. ampliat. 2. Zas. §. nunc veniendo. versic. quam conclusionem ampliate primo. Trentacinq. d. c. 16. num. 2. Petr. Greg. d. c. 16. num. 11. l. cum in testamento. supra tit. 1. l. si mater. §. fin. infr. h. tit.* 230

b. Hic tamen confundit materiam huius ampliationis primæ cum secunda.

Si plures gradus substitutionis vulgaris fecero, & ex primo adita sit hæreditas, omnes alii gradus simul deficiunt. At si ex primo, aut secundo hæreditas adita non sit, regulæ locus est: Quod substitutus substituti primo substitutus esse intelligatur: De qua materia quædam supra q. 2. ad regulam: Quod expressa pupillaris vulgarem tacitam contineat: fallentia 10. annotata sunt.

Amplia 2. vt idem sit, pluribus, puta, duobus, tribus, quatuor, pluribusve hæredibus institutis. Nam vno ex illis adeunte, substitutus vulgaris 231

exclu-

excluditur, modo vt pluribus illis copulatiue & coniunctim facta sit substitutio, *i* vel per copulam negatiuam, ita scilicet: *Titium, Caium, Seium instituo: & si neque Titius, neque Caius, neque Seius hæredes sint, Sempronium substituo*: vel per copulam positiuam Et, ita videlicet: *Titium, Caium, Seium instituo: & si Titius, & Caius, & Seius hæredes non sint, Sempronium substituo*: vel per numerum pluralem, ita: *Titium, Cajum, Seium instituo: & si prædicti hæredes non sint, Sempronium substituo.* Ad veritatem enim copulatiuæ requiritur veritas vtriusque, vel omnium, & sic necesse foret, vt nemo prorsus adiret. *l. quidam testamento. infr. eod.*

i Hoc casu non singulis, sed gradui intelligitur facta substitutio. Non ergo substituto locus est, nisi omnibus deficientibus, & vno adeunte, substitutus in totum excluditur.

Aliud est, si duobus pluribusve institutis, testator singulis specialiter substituat: puta, instituit Caium & Seium: & Caio quidem Titium, Seio Sempronium substituit: hoc casu, vno puta Caio adeunte, propterea nō expirat substitutio de Seio facta, si ille hæres esse nolit, aut non possit: quum ex separatis nihil inferatur: & ita distinguit *Bart. h. num. 48. Alex. nu. 40. versic. & inter alia quærit. Socin. n. 50. vers. circa secundam quæst. per 4. col. vsque 52.* qui hunc articulum confusum & difficilem appellat. *Ias. num. 67.* qui quidem disputat: sed distinctionem Bartoli valde æquam & communiter teneri dicit: *latiss. me Alciat. num. 140. vsque 151. Zas. num. 45. 46. Loriot. de apicib. iur. de substit. axiom. 36. 37. 38. Sfort. de vulgar. substitut. d. q. 7. vers. ampliatur secundo.* qui hanc magnam & ambiguosam DD. controuersiam appellat, eamq; quatuor conclusionib. explicat. *Zas. in d. §. nūc veniendo. vers. tertio limitatur. latissime Trentac. c. 17. per tot. Petr. Greg. d. c. 16. n. 13. 14. 15. Grass. §. substitut. q. 15.* Quibus ii DD. addantur, qui supra q. 4. effect. 6. lim. 2. relati sunt.

231 Ampliatur 3. vt idē sit in substitutione legatariorū. *l. si legata 6. C. de legat.*

Quam tamen ampliationem limitat *Alex. h. num. 40.* in legato vsusfructus. Scribit enim se hunc casum habuisse, quod mulieri institutæ in vsufructu, facta esset vulgaris substitutio: quæ mulier, agnito vsufructu, *k* decessit. Quæsitum fuit: Num substitutus admittendus foret: Decidit ille, quod sic. Nam etsi per mortē vsufructuariæ vsusfructus extinctus, & per agnitionem à muliere factam substitutio vulgaris sublata videri potuerit: tamen aliud dicendum. *Alex sequitur Alciat. num. 144. 145. Loriot. de apicib. iur. tit. de substitut. axiom. 35. Sfort. de vulg. substitut. q. 6. vers. limitatur tertio. Vasqui. de success. progress. lib. 2. in præfat. num. 76. Trentacinq. d. c. 16 num. 3. 4.*

k Non repudiauit sed agnouit vsufructum. Videtur ergo extincta vulgaris. Contrarium docidit Alex.

Tum (1) per *l. 1. §. interdum. infr. vsufruct. accresc.* vbi probatur etsi pro substantia *l* iuris accrescendi necessarium sit, quod portio non sit acceptata, vel alio modo acquisita: quum acceptata vel acquisita transmittatur, neque amplius accrescere possit: vt proinde vulgatæ iuris regulæ sint: Ius accrescendi cessare, vbi portio vacans fuit acquisita: Et, Portionem iam quæsitam deficientem, non facere locum iuri accrescendi. *Ias. l. re coniuncti. num. 221. cum seqq. infr. legat. 1. Bolog. ad rubr. num. 28. C. quan. non peten. part. Diaz. reg. 403. Ius accrescendi. Socin. reg. 365. Portio iam acquisita Vasq. de success. progress. lib. 3. §. 23. nu. 29. & 31.* Tamen post agnitum quoque vsumfructum iuri accrescendi locum esse, ex receptissima DD. sententia *Vasq. d. § 23. nu. 34.* ea ratione, quod vsusfructus cotidie ex patientia illius, qui concessit, & ex facto eius, qui fruitur, constituatur ac legetur, perinde ac si agnitus non esset respectu temporis futuri. *d. § interdum.* m Ergo vt agnitio vsusfructus non impedit ius accrescendi, ita ne quidem vulgarem impedire poterit: quum ius accrescendi dicatur tacita quædam vulgaris. *l. si Titio & Mauio. §. Iulianus. infr. legat. 2.* quæ ratio est Alexandri.

l Decem requisita substantialia iuris accrescendi cumulat *Ioann. Bolognet. ad rubr. nu. 28. C. quando non peten. part.*

m *d. § interdum* loquitur in iure non decrescendi: *Vasq. de success. creat. li. 1. §. 0. nu. 122 versic. ex qua ratione.* Idem *d. §. 23. num. 29. Cephal. cons. 126. num 6.* & ostendit *Vasq. d. §. 10.* legesetiam ius non decrescendi ius accrescendi appellare.

Mmm Tum

Tum (2) per *l.sicut.3. §.1.supr. quib. mod vsusfructus.amitt.* quem textum *Vasq. in d.præfat. nu.77.* pro decisione Alexandri se adducere solere testatur, vbi textus vult, quod si Titius capitis diminutione vsumfructum semel agnitum perdiderit, & repetitione *n* testatoris denuo acquisiuerit, quod inter ipsum & alterum legatarium re coniunctum sit locus iuri accrescendi, perinde ac si alius esset Titio in vsufructu substitutus. Vnde apparet, Papinianum ibi relatum pro certo habere, quod si Titio alius substitutus esset, inter legatarium & substitutum alterius legatarii, eo in casu ius accrescendi locum habere, & sic substitutum ad Titii partem admitti, non obstante, quod per Titium ante capitis diminutionem vsusfructus agnitus fuerit. *Trentacinq.d.c.16.num.3.*

n De repetitione vsusfructus vide omnino textum *d. l. sicut. in princ.*

Et hanc limitationem ampliat *Alciat.loco relato.*

Ampliatur 4. Nam etsi glossa in *l.suum 13. C.iure deliberan.* teneat, quod 233
instituto repudiante bon. possess. secundum tabulas locus sit substituto vulgari: Tamen hanc sententiam DD. ibi communiter damnant: & eam falsam esse constat ex iis, quæ supra ad q. 4. effectu primo, ad princ. §. Ad prius membrum quod attinet. dicta sunt. Non enim aliter substituto locus est, nisi substitutus omni iure, prætorio scilicet & ciuili, ex testamento venire repudiauerit. Ergo etsi hęres bon. possess. secundum tabulas repudiarit: tamen iure ciuili adiens, admittitur, & substitutum excludit, ex communi DD. sententia, quam explicat *Socin. hic nu 57. vers circa octauam quæstionem Bartoli. Zas. in tract. vulg. § nunc veniendo vers secundo ampliate.* Et hanc receptam omnium DD. sententiam esse, scribit *Trentacinq. de vulg. substitut. c.20. num.2.* quæ probatur per *l.puberem. cum l.seq. C. de iure deliber.*

Amplia 5. vt idem sit, si institutus iure prætorio bon. possess. secundum 234
tabulas petit. Nam *o* etsi Prætor hæredem facere nequeat: ideoque videbatur dicendum, substitutum instituto ex iure prætorio venienti præferendum. *Alex.h.nu.41.* Contrarium tamen verum est. Conditio enim, si hæres non erit, in bonorum possessore deficit. *l.4. in princ. l. in conditionibus. 19. §. si patronus. infr. cond. & demonst. l. is qui 15. in fin. infr. legat. præst.* & bonorum possessor, ad mentem testatoris legemque quod attinet, æquiparatur hæredi, & hæres est. *l. hæreditatis. 136. infr. verb. signif.* & cum, qui agnoscit bon. possessionem, pro hærede se gerere, & videri adire iure ciuili, nō ambigitur. *d.l.puberem. C.iur. deliber.* nisi à iure ciuili fuisset exclusus. *Alciat. hic n.154. Dec. d.l. post aditam. n.2. vers secundo amplia. Petr. Greg. in syntagm. iur. lib.42. c.16. nu.12.* Quę vera, siue institutus iure ciuili adire possit, bonorum autem possessionem petat: siue iure ciuili adire non possit. *Bart. h. num. 52. Socin. num.56. q.7. Ias. num.64. vers. amplia secundo. Zas. de vulg. substitut. §. nunc veniendo. versic. secundo ampliate ibi Trentacinq. c.20. num.1. Petr. Gregor. in syntagm. iur. libr. 42. c.16. num.12. Grass. §. substitutio. q.15. num. 6. argum. l. 3. à contrario sensu. C. impub. & al. substitut.* modo ius bon. possess. petendæ viuo testatore, originem habere incipiat: puta, quia institutioni conditio ascripta vt turpis à Prætore reiicitur. *l. facta. 63. § si sub conditione. infr. ad SC. Treb.* Aliud est, quando testamentum vires assumit iure prætorio post mortem testatoris, vt in casu *l. filio. 17. supr. iniust. testam.* vbi filio pręterito, se abstinēte, ex bono & æquo voluntas testatoris post mortē sustinetur. Hoc enim casu, si filius à primo gradu præteritus, à secūdo exhæredatus: substitutus præfertur illi, qui posset venire ex primo gradu, petēdo bon. possess. secūdum tabulas. Habilitas enim circa acquisitionē hæreditatis attēditur penes tempus mortis. *l. si alienū. §. in extraneis. supr. tit. 1.* Si ergo stante nullitate

o Ratio dubitandi.

primi

primi gradus circa tempus mortis admissus fuit substitutus, & sic illi ius quæsitum fuit, iuxta *l.3.§.fin.supr.liber. & postu.* non potest postea facto filii approbantis primum gradum fauore instituti, substituto ius quęsitum auferri. *Bart.h.num.51.Alex.num.41. Socin.num.55. q.6.num. 65.66. versic. quarit successiue. Alciat.num.154.vsque 158. Zas.h.num.49. Ang.d.l.post aditam. nu. 1.ibi Dec.nu.2.Sfort.de vulg.substit.q.6.vers.amplia tertiò.Trentacinq.c.* p *19.per tot. Graß.§ substitutio.q.15.nu.5.Loriot.de apicib.iur.tit.de substitut.axiom.41.*

p Ille post Socin. hanc materiam amplissimè prosequitur, & hoc posterius membrum 4. modis limitat.

235 Amplia 6. vt substitutus excludatur, etiamsi institutus repudiarit hæreditatem ex testamento, & petierit bon. possess. cont.tab. vt quia ipsi apertum fuit edictum per præteritum. Testamentum enim ob filii præteritionem vsque adeò nullum est, vt non tantùm præteritus, sed & non præteriti illud impugnare possint, vt videlicet defuncti iudicium euertatur, & omnes liberi ab intestato veniant æquis portionibus. *Ang. d. l. post aditam. nu.1.latissimè Benedict.in c.Raynut. verb.in eodem testamento relinquens. nu. 101. vsque 122.fall.7. & num.136.fallen.14.* Quod supra ad tit.de testamentis, circa materiam institutionis hæredum, ad regulam: Quod liberi instituendi, vel exhæredandi sint: fallentia 14. annotatum est.

Hæc sententia tot modis ampliata, fallit 1. in existentia sui hæredis. Nam etsi filius in potestate sit suus & necessarius hæres patri: & talis existentia vim & effectum aditionis habere videatur, & ficta quædam aditio sit: Tamen vulgaris propterea non expirat, sed locum potius habet, suo abstinẽte, vt suprà q. 4. effectu 4. ad ampliationem 1. & 2. annotatum est. Quum ficta hæc aditio, id est, suitas, non sit tantæ potentię, quantę est aditio realis & vera.

Tum (1) propter abstinendi beneficium suis à prætore indultum.

Tum (2) quod per vulgarem suo immiscendi necessitas remissa aut potius ex communi DD. sententia, de qua quæstione præcedente, effectu 5. per vulgarem suitas sublata intelligatur.

Tum (3) quod verba vulgaria (si hæres non erit) testator de effectu, nõ de nudo hæredis nomine, intellexisse videatur. *Bart.h.num.50. Imol. nu. 10. Alex.num.40.vers.& quia Bartolus hic concludit. Zas.num.47. versic.secundo fallit.Alciat.num.153.* q qui ita regulã constituit. *Socin.nu.54.q.5. Salyc.in d.l.post aditam.num.3. Sfort. de vulg.substit.q.6.vers.limitatur quarto.ibidem Zas.ad fin. vers.an autem existentia. Trentacinq.c. 18. num. 11. vers. secundus casus. Sfort. de restitut part.2.q 62.art.8.num.102.Graß.§.substitutio.q.15.num.7. & §. hareditas.q.5.num.1.*

q Petr.Gregor.in syntagma.iur.lib.42.cap.16.num.13. regulam ponit: quod existentia tollat suitatem: sed ad Bartoli doctrinam se refert. Quare nil ab ipsius doctrina alienum proponere voluit.

Tradunt tamen DD. locis relatis, hanc sententiam tantum in illa vulgari procedere, quæ voluntariè facta est.

Hanc enim per suitatis existentiam non tolli: aliud autem in ea esse, quæ necessario, & secundum formam *l.Gallus.in princ.supr. liber. & postum.* hoc modo fiat: *si, me viuo, filius moriatur.* Hoc enim casu, si filius post mortem patris, reperiatur esse suus, nepoti substituto non esse locum: Quum iste nepos ex necessitate substitutus sit, ne rumpatur testamentum, si filius, viuo testatore auo, moriatur vel emancipetur: & addit *Zas.h.nu.47.* in hoc vno casu per suitatis existentiam tolli vulgarem substitutionem. quanquam *Alciat.hic.* tres casus à regula proposita excipiat.

236 Fallit 2. vt tum demum aditione primi hæredis tollatur vulgaris, quandò aditio durat. Si autem non duret, sed primus hæres sit minor, & restituatur in integrum, tum omnia reponuntur in pristinum statum. *l. quod si minor. 25. §. restitutio. supr. minoribus.* Et sic perinde est, ac si primus hæres

nunquam adiuisset. *gl in l. & si sine.* §. *sed quod Papinianus supr. minorib. l. 2.* §. *si ego.* r *ibi Bart. infr. eod. l. ex contractu. 44. ibi Bart. infr. re iud. l. 1.* §. *si quis adita. & l. 2.* § *bonorum. infr. ad SC. Tertul. l. pen. infr. acquir. hared.*

r §. interdum.

Etsi autem aliquibus visum sit, iure speciali substitutum in duobus s casibus admitti: si aut seruus necessarius hæres substitutus, hæreditasque nō soluendo esse proponatur: *l. ait prætor. 8. (alias, & si sine)* § *sed quod Papinian. supr. minorib.* aut pupillus, qui suus est, fuerit institutus, qui post immistionem se abstinet. *d. l. ex contractu.* Hoc enim casu vulgarem per immistionem non tolli, si scilicet postea impubes abstinuerit: quum suo iure sine restitutione abstineat pupillus, qui se immiscuit. *l. necessariis. 57. infr. acquir. hared.* Vt proinde pupilli sui immistio, postea abstinentis se, pro eo habeatur, ac si non interuenisset, nec substitutioni vel accretioni impedimento sit: aliud autem esse in vulgari substitutione, facta impuberi extraneo. Hanc enim per aditionem semel factam extingui: *d. l. post aditam.* adeo vt nec eo per beneficium Prætoris contra aditionem restituto, resuscitari possit. *d. l. ait Prætor.* §. *sed quod Papinianus.* sed fisco locus fiat: si hæreditas soluendo t sit, non venientibus ab intestato: quum testator intestatus non decesserit, aut substituto, quum qui restituitur abstinendi causa, hæres esse non desinat: *l. fin. infr. success. edict. Polit. de vulg. substitut. q. 42. Alciat. hic. num. 151. 152. ibi Thom. Calan. q. 42. num. 83. Cuiac. in d.* §. *sed quod Papinianus.*

s Alciat. num. 152. alium addit.

t Si non sit soluendo, admittitur substitutus.

Tamen sciendum, communem DD. sententiam esse: quod substituto locus sit, etsi extraneus contra aditionem beneficio Prætoris restituatur. *Cyn. d. l. post aditam. num. 1. ibi Angel. num. 1. Salyc. num. 3. Ias. num. 2. versic. secundus casus. Bart. h. num. 49. Alex. num. 40. versic. Et circa hoc dubitari potest. Socin. num. 52.* qui hanc communem conclusionem dicit. *Zas. num. 47. vers. tertio fallit. Sfort. de vulgari substitut. q. 6. vers. limitatur autem primo.* qui ait: ita tenere omnes. *ibi Zas.* §. *nunc veniendo. versic. secundo limitate. Trentacinq. c. 18. num. 1. cum seqq.* qui hanc communem & receptam scribentium opinionem esse testatur, licet ipse distinguat. *Loriot. de apicib. iur. tit. de substit. axiom. 39. & 40.* ipse quoque hanc communem dicens. *late Sfort. de restitut. part. 2. q. 62. art. 8. per tot. Grass.* § *substitutio q. 15. num. 4.* Et hæc etiam verior atq; æquior est, vt *Lor. d. axiom. 40 & Sfort. d. ar. 8. n. 102.* testati sunt. 237

Tum (1) quod vulgares substitutiones fiant, vt dispositiones testatorum non fiant caducæ. *l. vnic. in princip. C. caduc. toll.* Quare per nudum nomen hæredis, qui contra aditionem restituitur, voluntati defuncti satisfactum non est: quia ita voluntas testatoris concideret. *Sfort. d. art. 8. nu. 102.*

Tum (2) quod aditio perinde ab intestato ac ex testamento posteriores excludat. *l. 2 in princ. infr. suis & legit. hared.* & tamen vno aduersus aditionem restituto, sequens admittitur. *l. 1.* §. *si quis adita. infr. ad SC. Tertul.* Et æquissimum sane est, vt quilibet id, quod non suo, sed restituti facto perdidit, recipiat. *l. quod si minor. 25.* §. *restitutio. supr. minorib. Loriot. d. axiom. 40. vbi ad textum d. l. post aditam. & ad d. l. fin. infr. success. edict. respondet.*

Sfortia *d. art. 8. Trentacinq.* diligenter vtriusque opinionis fundamenta collegerunt, videndus & *Loriot.*

Et communis quidem DD. sententia est, substitutum hoc casu non tantum iure prætorio per bon. posses. secundum tab. sed & iure ciuili admitti. *Socin. nu. 53. q. 4.* Quam sententiam late explicat *Trentacinq. d. c. 18. num. 5. vsque ad 11.*

Fallit 3. quando hæres post aditam hæreditatem, fuit negligens in exe- 238

quendo

quendo voluntatem defuncti. Nam tunc priuatur hæreditate, & substituto locus est.§ *si verò instituto.in Auth. de hæred. & Falcid. Auth.hoc amplius. C.* u *de fideicom.Socin.h.nu.58.q.9.Ias.num.65.vers.limita istam regulam.Ias.in d. l.post aditam. num. 2. Sfort.de vulg.substitut. q. 6. vers. limitatur secundo quando institutus.ibi Zas.§ nunc veniendo. vers. hæc conclusio sic ampliata potest limitari. Trentacinq. c. 16. num. 5.*

u Materiam huius Authenticæ bis in facti contingentia habui. Et quia duo iuridica collegia, de vna illarum causarum planè contraria ediderunt responsa, in gratiam praxin forensem sectantium, pauca hic annotare volui.

Sciendum ergo, quando hæres non implet defuncti iudicium, triplex remedium proditum esse, hominis scilicet prouisionem & legis,& hanc quidem duplicem, ex Authentica nostra,& ex *c. ex eo, cum c. concord de reg.iur in 6.*

Vt remedio Authenticæ nostræ locus sit, requiritur I. vt id, quod hæres facere neglexit, non sit per iudicem repræsentatum. *text.in d.auth.ibi Castr.nu.2.Ias.nu.3.& 4.Iacob.Cuiac.Nouell.1.vers. est & alia. Cast.cons.20.nu 50.lib.2.* Primum remedium ex authent. hoc amplius.

II. Necessarium est, vt re in iudicium deducta, reus iudicialiter moneatur, & decretum detur. *tex. ibidem & Dd Couarru c si heredes nu 6.& 7.de testam. Castrens.d.cons.20,nu.50.Andr.Alciat.cons.24.nu. 2.lib 9 Paris cons 19.nu.192.lib.2.*

III. Requiritur, vt à die monitionis annus sit elapsus, *text.in d.auth.ibi Bart.nu.2.dicēs hoc videri verum.Bald ante num.Salycet.nu.1.Cast.n.1.Ias.nu 3.4.Castr.d cons.20.nu.50.communem dicit Andr. Alciat. cons.24.nu. 2.lib 9 defendit Iacob.Cuiacius ad d. Nouell.1.* Etsi aliqui, cum veterum, tum recentiorū iuris interpretum, vltra monitionē, sententiā iudicis victricem desiderent: & vt ab ea annus cucurrerit.

IIII. Necessarium est, vt & testatoris voluntas legitima sit. *Bald. d. auth.hoc amplius nu. 22. Iacob. Cuiac.d. Nouella 1. Andr.Alciat.cons 92.nu.8.lib.9.*

V. Requiritur, vt adita sit hæreditas,& deinde monitio iudiciaria fiat. *Salyc.d.auth.hoc amplius.n.2.*

VI. Oportet actorem condictione ex auth. hac experiri volentem, cautionem præstare de implendis iis, quæ testator voluit. *text.in corpore & in d.auth.nostra,ibi Bart.nu 8. Alberic.de Rosat.nu.1.Salycet.nu.4.quæst.7.*

VII. Singulariter notandum, quum duobus modis contra defuncti voluntatem delinquatur, non exequendo scilicet, quod testator fieri voluit: deinde iudicium defuncti impugnando: ad hoc, vt condictioni ex hac authentica locus sit, requiri, vt hæres quidem defuncti iudicium amplexus sit, & hæreditatem adierit, sed illi non satisfecerit. *Salycet.d.auth.hoc amplius.* Nam hæc authentica venit ad suppletionem & declarationem *l. fin. C.fideicom.*

At is textus in iis loquitur, qui faciunt contra testamentum,(non impugnando, sed) non exequendo. *Dd. d.auth.hoc amplius.ibi Castr.num.1.Ias ante num.*

Et quidem VIII. Requiritur, vt peccet non exequendo, factum positiuum, aut affirmatiuum, pecuniarium commodum respiciens. In facto autem negatiuo monitio necessaria non est: sed forma prædictæ Authenticæ cessat. *Aym. Crauetta cons.193 num.4.*

Quin & IX. hoc desideratur, vt ipse testator hæredi aliam pœnam non inflixerit. Nam testatoris prouisioni est standum. *Ita post Oldradum decidit Salycet in d.l.fin. ad fin. C.fideicom. dicens hanc sententiam veram. Bald d.auth. hoc amplius.num.14.ibi Salycet num.1. Ias.num.6.fall.6. Iacob. Cuiac d. Nouell. 1. vers. addi etiam hæc conditio potest. Castr.cons.292.num 9 lib.2. latè Paris.cons. 19.num. 197. cū seq.lib. 2. Grat.cons.102 n.59.lib.2. Aym.Crauet.cons. 193.* Imò etsi testator eandem pœnam infligeret, adhuc tamen forma authenticæ cessaret. *Castrens.d.cons.292.num.9.* idque iis decidendi rationibus, de quibus paulò post.

Vbi autem hæres testamentum amplexus non est, sed illud impugnat, forma authenticæ huius cessat:& vbi testator ipse non prouidit, in eum casum ad regulam *d.cap.ex eo*, recurrimus, circa quam Dd. notabilem hanc & practicam distinctionem tradunt. Secundum remedium.

Quando enim quærimus, num is ex testamento lucrum aliquod consequi debeat, qui illud visus est impugnare, ita distinguendum.

Aut impugnans simpliciter negat testamentum esse factum: & hoc illi non obstat, etsi vincatur. *Bart.l.post legatum. num.10. ff.his quibus vt indig.* Aut verò testamentum, quod factum esse constat, impugnat: Et siquidem impugnat solennitatē tantum, non prohibetur relictum ex eo capere: Aut vero ipsum defuncti iudicium impugnat, *vt loquuntur l. quæsitum.40 ff.adquir. hæred. l.si testamentum. 24.ff his quibus vt indign.* puta accusauit testamentum de falso,& succubuit: *l.alia.C.his quibus vt indign.* aut dixit testamentum inofficiosum,& succubuit: aut dixit testamentum nullum ratione præteritionis, & victus est, tum nihil ex testamento petere potest. *Dyn.cap.ex eo 3 de reg.iur.in 6. Cyn.in l. Pollà.num.5.C.his quibus vt indign. Bart.& Dd.in d.l.alia.ibi Castrens.num.3.C.eod.tit.Bart.d.l.post legatum nu.3. & 4. per illum textum,& per d.l.si testamentum.Gab.Rom.lib 6.recept.conclus.tit. de reg.iur. conclus. 1. limitat. 8. nu. 52. Porc. lib.5.comm.conclus.reg.1.fallent.8.*

Verum hanc sententiam Dd. ita temperant, vt procedat, si impugnans testamentum, dolo litem mouerit: Nemo enim indignus est, qui in dolo non est: Et sic ratione litis nemo punitur tanquam indignus, nisi ratione calumniæ, quod est notabile. Ergo ab eo qui probauit, licet finaliter succubuerit, semper præsumitur abesse calumnia. *Bald.d.l.alia.num.8.ad fin. Matth. Wesenb.in parat. ad tit. ff.his quibus vt indignus.*

Deinde necessarium est, vt impugnans testamentum in sua impugnatione perseueret. *d. l. alia. ibi omnes Dd.* & tantisper quidem, donec sententia in rem iudicatam transiuerit: Nam qui desistit, propriè non dicitur succumbere: *Bald.d.l.alia.ibi Salycet.num.2.* Et regulariter parcitur illi, qui à delicto

 cœpto

cœpto desistit: quum errare humanum, perseuerare autem in errore diabolicum sit. *Cyn. d. l. alia. ibi reliqui & Angel. num. 2. qui declarat.* Hinc cautelam Dd. concludunt pro impugnante, vt ille exspectet sententiam definitiuam, & postea appellet, atque deinde desistat.

Ita enim impugnationem illi nihil nocituram contendunt. *Cyn. d. l. alia. num. 5. ibi Bald. num. 7. Castr. num. 2.* dicens, cautelam Cyni bonam, & hanc partem benigniorem: Et licet ibi addiderit, contrariam opinionem videri veriorem: tamen illos, qui probationes habent, pœnitere posse affirmat.

Tertium remedium prouisio hominis.

Etsi autem in impugnante impugnationis perseuerantia requiratur: tamen, *vt iam circa d. auth. hoc amplius*, pœna testatoris legis pœnam excludit: ita & practica d. cap. *ex eo. atque iurium concord.* cessat, vbi testatoris prouisio adest. Perseuerantia ergo impugnationis necessaria non erit, vbi aliter testator prouiderit.

Tum (1) quod testator honoratos grauare quoque possit. *l. ab eo. C. fideicommiss.* sub pœna, vt videlicet omni lucro hæreditario, excepta legitima careant. *§. fin. Inst. de legat. l. vnic. C. de his quæ pœn. nomin. Iul. Clar. §. testamentum q. 69. Alex. cons. 52. lib. 2. Dec. cons. 673. num 1. Aym. Crauet. cons. 193. num. 3. Hieronym. Schurf. cons. 50. nu. 9 cent. 1. cons. 34. n. 2. cent. 2* Cum enim quilibet suarum rerum sit moderator, testator vtique rebus suis legem imponere potest vel conditionem, quamcunque voluerit. *Dec. cons. 419. num. 3. Iacob. Menoch. cons. 57. num 5. cons. 88. num. 53. lib. 1.* Vt ergo non relinquere, ita relictum qualificare potest. *Iul. Clar §. testamentum q. 70. Dec. cons. 418. num. 14.* quæ dispositio non modo pro lege seruatur, vtcunque dura sit: *§. disponat. in auth. de nupt. §. his igitur nobis. §. exhæredatos. §. hæc quidem. §. hinc nobis in auth. de hæred. & Falcid. Dec. cons. 506. Aym. Crauet. cons. 1. num. 1. cons. 174. num. 1. Hieronym. Schurf. cons. 72. num. 10 cent. 3. Tiber Dec. cons. 39. num. 1. cum seqq.* sed & legem vincit: quum prouisio hominis legis prouisionem tollat. *Paul. de Castr. d. cons. 292. num. 2.*

Tum (2) quod mitius agitur cum lege, quam cum homine. *l. Celsus. 28. ibi gloss. ff. arbit.* Durius (inquam) agitur circa bona testatoris, quando ipse offenditur, quam si offendatur tantum lex: ea decidendi ratione, quod non possit offendi persona testatoris, quin etiam offendatur lex, quæ testatoris voluntatem pro lege seruari iubet *l. 1. C. de SS. Eccles. d. §. disponat in auth. de nupt.* maius ergo delictum quum sit, maiorem etiam meretur pœnam. *l. rescriptum ff. his quibus vt indignis.* secus quando non offenditur testator, sed sola lex.

Tum (3) quod in materia auth. *hoc amplius*. in simili idem decisum sit. Aut enim dies & pœna additur à testatore, & monitione aut processu illius authenticæ plane opus non est, sed testatoris voluntati stamus: *Castr. d. cons. 292. nu 9 lib. 2. Iaso Paris. cons. 193. nu. 197. lib. 2. Aym. Crauet. cons. 193. nu. 4.* Aut est apposita tantum dies, vel quod idem, neque dies, neque pœna à testatore adiecta est, & in terminis iuris communis manemus. *Castr. ibidem.* Aut est apposita tantum pœna, & processus Authenticæ cessat. *Castr. ibid.* idque ex iisdem, quas modo retuli, causis, quod testatoris prouisio legis prouisionem excludat: & mitius cum lege, quam cum homine agatur.

Fallit 4. si hæres conditioni, sub qua institutus est, non paruerit. Nam substitutio locum habet. *l. 2. ibi DD. C. de instit. & substit. Sfort. de substitut. vulg. q. 6. vers. limitatur quinto quando institutus.*

Fallit 5. si substitutus in causa fuerit, quo minus institutus adeat. *Zas. de vulg. substitut. ad fin. vers. habes tandem casum.*

Fallit 6. quo ad pupillarem tacitam. Nam si pupillus hæres institutus adierit hæreditatem, & intra pupillaria moriatur, non expirabit substitutio vulgaris, quo ad pupillarem tacitam, sed ex illa substitutus admittitur ad hæreditatem patris & filii. *d. l. post aditam. Zas. h. num. 47. fallen. 1.* Atque ita Zasii doctrina, qui incommodius loquitur, accipienda est: Per vulgarem enim testatori, per pupillarem autem pupillo substitutum succedere: supra q. 4. effectu 4. ampliatione 1. & 2. expositum fuit. 239

Secundo tollitur vulgaris tacita, eo ipso, dum finitur pupillaris expressa, sub qua illa continetur: & hanc magis communem DD. sententiam dicit x *Sfort. d. q. 6. §. secunda regula.* 240

x Sfortia multos textus adducit.

Verum hic iuris articulus omnium commodissime distinguendo explicari potest.

Aut enim pupillaris ab initio inutiliter, puta, puberi vel extraneo facta est, qui articulus iuris, supra q. 2. ad regulam: Quod pupillaris vulgarem contineat: ampliatione 4. expositus fuit.

Aut pupillaris ab initio legitime à testatore facta est, sed ex post facto deficit: Idque vel filii morte, & vulgaris non deficit. *l. si pater filium. 26. infr. eod. Loriot. in apicib. iuris, tit. de substit. axiom. 42.* vel testamenti impugnatione: & idem. *l. etsi contra tabulas. 35 infr. eod.* vel per aduentum pubertatis. Quo de iuris puncto, supra d. q. 2. ad præcitatam regulam, ampliatione 2. suffi-

sufficientissime disputatum: vel emancip ... ne, & vulgarem tacitam tolli tradunt *Guilhel.de Cum.& Rainer.& B ... h.nu.55.* per sex fundamenta, quæ deducit *Socin.nu.59.q.10.* & hanc receptiorem dicit *Alciat.num.158.*

Contrarium autem, quod vulgaris non extinguatur, tenet *Alex.h.num. 42 Socin.* qui hanc in puncto iuris veriorem dicit, & ad fundamenta contraria respondet, *Alciat.vbi supra. Loriot.in apicib.iuris.tit.de substitut. axiom. 42. Vasq. de success. creat.* §. *21.num. 243.* hanc veriorem & forte etiam receptiorem esse dicens. *Trentacinq.de vulg.substit.c.21.Grass.*§.*substitut.q.17.*

Tum (1) quod tacita vulgaris æque principaliter, non accessorie contineatur sub pupillari expressa, & ex alio fonte interpretatio scilicet iuris descendat. Ergo cessante expressa, non cessat tacita. *l.si fideiussor. 52. infr. legat.1.*

Tum 2. quod superflue lex diceret, emancipatione pupillarem extingui, si vulgaris quoque expiraret. *l. cohaeredi.41.*§.*cum filia.infr.eod.*

Tertio tollitur vulgaris, si substitutus repudiet hæreditatem. *l.si nemo. 142.infr.de reg.iur.*

241 Quarto tollitur, si substitutus decesserit, antequam conditio substitutionis eueniat: quia substitutio nondum competens non transmittitur. *l. substitut.42.infr.acquir.rer.domin.*

Quinto tollitur, si conditio apposita defecerit. *l.si plures.17.infr.condit. instit.l.1.C.indict.viduit.tol.*

Sexto tollitur vulgaris, si substitutus necauerit institutum. *l. Cicero.39. infr.pœnis.l.si ab hostib.11.*§.*fin.supr.solut.matrim.* Et hosce quatuor posteriores modos tradit *Petr.Gregor.in syntagm.iur.lib.42.c.16.num.16.*

Ex *d.l.post aditam.DD.ibi.* hanc quoque doctrinam resoluunt: num pluribus potestatibus, Doctoribus aut Procuratoribus successiue electis, primo acceptante & moriente, alii admittantur? Videatur *Cyn.ibi num.2.Alberic.num.2.Ang.num.2.Salyc.num.4. Dec.num.3.*

Finit repetitio l. 1. hoc tit.

Deo vni & trino honor, imperium seculis seculorum infinitis. Amen.



INDEX
RERVM ET VERBORVM IN PRIMIS MEMORABILIVM HOC OPERE contentorum locupletissimus.

IN HOC NVMERVS PRIOR SVMMArium, posterior paginam ostendit.

Asi:

Constan-

Tum (2) per *l.sicut.3. §.1.supr. quib. mod vsusfructus.amitt.* quem textum *Vasq. in d.præfat. nu.77.* pro decisione Alexandri se adducere solere testatur, vbi textus vult, quod si Titius capitis diminutione vsumfructum semel agnitum perdiderit, & repetitione *n* testatoris denuo acquisiuerit, quod inter ipsum & alterum legatarium re coniunctum sit locus iuri accrescendi, perinde ac si alius esset Titio in vsufructu substitutus. Vnde apparet, Papinianum ibi relatum pro certo habere, quod si Titio alius substitutus esset, inter legatarium & substitutum alterius legatarii, eo in casu ius accrescendi locum habere, & sic substitutum ad Titii partem admitti, non obstante, quod per Titium ante capitis diminutionem vsusfructus agnitus fuerit. *Trentacinq.d.c.16.num.3.*

n De repetitione vsusfructus vide omnino textum *d. l. sicut. in princ.*

Et hanc limitationem ampliat *Alciat.loco relato.*

Ampliatur 4. Nam etsi glossa in *l.suum 13. C.iure deliberan.* teneat, quod instituto repudiante bon. possess. secundum tabulas, locus sit substituto vulgari: Tamen hanc sententiam DD. ibi communiter damnant: & eam falsam esse constat ex iis, quæ supra ad q. 4. effectu primo, ad princ. §. Ad prius membrum quod attinet. dicta sunt. Non enim aliter substituto locus est, nisi substitutus omni iure, prætorio scilicet & ciuili, ex testamento venire repudiauerit. Ergo etsi hęres bon. possess. secundum tabulas repudiatit: tamen iure ciuili adiens, admittitur, & substitutum excludit, ex communi DD. sententia, quam explicat *Socin. hic nu 57. vers circa octauam quæstionem Bartoli. Zas. in tract. vulg. § nunc veniendo vers secundo ampliate.* Et hanc receptam omnium DD. sententiam esse, scribit *Trentacinq. de vulg. substitut. c.20. num.2.* quæ probatur per *l.puberem. cum l.seq. C. de iure deliber.* 233

Amplia 5. vt idem sit, si institutus iure prætorio bon. possess. secundum tabulas petit. Nam *o* etsi Prætor hæredem facere nequeat: ideoque videbatur dicendum, substitutum instituto ex iure prætorio venienti præferendum. *Alex.h.nu.41.* Contrarium tamen verum est. Conditio enim, si hæres non erit, in bonorum possessore deficit. *l.4. in princ. l. in conditionibus. 19. §. si patronus. infr. cond. & demonst. l. is qui 15. in fin. infr. legat. præst.* & bonorum possessor, ad mentem testatoris legemque quod attinet, æquiparatur hæredi, & hæres est. *l. hæreditatis. 136. infr. verb. signif.* & eum, qui agnoscit bon. possessionem, pro hærede se gerere, & videri adire iure ciuili, nō ambigitur. *d.l.puberem. C. iur. deliber.* nisi à iure ciuili fuisset exclusus. *Alciat. hic n.154. Dec. d.l. post aditam. n.2. vers. secundo amplia. Petr. Greg. in syntagm. iur. lib.42. c.16. nu.12.* Quę vera, siue institutus iure ciuili adire possit, bonorum autem possessionem petat: siue iure ciuili adire non possit. *Bart. h. num. 52. Socin. num.56. q.7. Ias. num.64. vers. amplia secundo. Zas. de vulg substitut. §. nunc veniendo. versic. secundo ampliate ibi Trentacinq. c.20. num.1. Petr. Gregor. in syntagm. iur. libr. 42. c.16. num.12. Grass. §. substitutio. q.15. num. 6. argum. l. 3. a contrario sensu. C. impub. & al. substitut.* modo ius bon. possess. petendæ viuo testatore, originem habere incipiat: puta, quia institutioni conditio ascripta vt turpis à Prætore reiicitur. *l. facta. 63. § si sub conditione. infr. ad SC. Treb.* Aliud est, quando testamentum vires assumit iure prætorio post mortem testatoris, vt in casu *l. filio. 17. supr. iniust. testam.* vbi filio prĝterito, se abstinēte, ex bono & æquo voluntas testatoris post mortē sustinetur. Hoc enim casu, si filius à primo gradu præteritus, à secūdo exhæredatus: substitutus præfertur illi, qui posset venire ex primo gradu, petēdo bon. possess. secūdum tabulas. Habilitas enim circa acquisitionē hæreditatis attēditur penes tempus mortis. *l. si alienū. §. in extraneis. supr. tit. 1.* Si ergo stante nullitate

o Ratio dubitandi.

primi

primi gradus circa tempus mortis admissus fuit substitutus, & sic illi ius quæsitum fuit, iuxta *l.3.§.fin.supr.liber. & postu.* non potest postea facto filii approbantis primum gradum fauore instituti, substituto ius quęsitum auferri. *Bart.h.num.51.Alex.num.41. Socin.num.55. q.6.num. 65.66. versic. quarit successiue.Alciat.num.154. vsque 158. Zas.h.num.49. Ang.d.l.post aditam. nu. 1. ibi Dec.nu.2.Sfort.de vulg.substit.q.6.vers.amplia tertiò.Trentacinq.c.* p *19.per tot. Grass.§ substitutio.q.15.nu.5.Loriot.de apicib.iur.tit.de substitut.axiom.41.*

p Ille post Socin. hanc materiam amplissimè prosequitur, & hoc posterius membrum 4. modis limitat.

235 Amplia 6. vt substitutus excludatur, etiamsi institutus repudiarit hæreditatem ex testamento, & petierit bon. possess. cont.tab. vt quia ipsi apertum fuit edictum per præteritum. Testamentum enim ob filii præteritionem vsque adeò nullum est, vt non tantùm præteritus, sed & non præteriti illud impugnare possint, vt videlicet defuncti iudicium euertatur, & omnes liberi ab intestato veniant æquis portionibus. *Ang. d. l. post aditam. nu.1.latißimè Benedict.in c.Raynut. verb.in eodem testamento relinquens. nu. 101. vsque 122.fall.7. & num.136.fallen.14.* Quod supra ad tit. de testamentis, circa materiam institutionis hæredum, ad regulam: Quod liberi instituendi, vel exhæredandi sint: fallentia 14. annotatum est.

Hæc sententia tot modis ampliata, fallit 1. in existentia sui hæredis. Nam etsi filius in potestate sit suus & necessarius hæres patri: & talis existentia vim & effectum aditionis habere videatur, & ficta quædam aditio sit: Tamen vulgaris propterea non expirat, sed locum potius habet, suo abstinẽte, vt suprà q. 4. effectu 4. ad ampliationem 1. & 2. annotatum est. Quum ficta hæc aditio, id est, suitas, non sit tantæ potentię, quantę est aditio realis & vera.

Tum (1) propter abstinendi beneficium suis à prætore indultum.

Tum (2) quod per vulgarem suo immiscendi necessitas remissa aut pòtius ex communi DD. sententia, de qua quæstione præcedente, effectu 5. per vulgarem suitas sublata intelligatur.

Tum (3) quod verba vulgaria (si hæres non erit) testator de effectu, nõ de nudo hæredis nomine, intellexisse videatur. *Bart.h.num.50. Imol. nu. 10. Alex.num.40.vers.& quia Bartolus hic concludit. Zas.num.47. versic.secundo fallit. Alciat.num.153.* q qui ita regulã constituit. *Socin.nu.54.q.5. Salyc.in d.l.post aditam.num.3. Sfort. de vulg.substit.q.6.vers.limitatur quarto.ibidem Zas.ad fin. vers.an autem existentia. Trentacinq.c.18. num. 11. vers. secundus casus. Sfort. de restitut part.2.q 62.art.8.num.102.Grass.§.substitutio.q.15.num.7. & §. hareditas.q.5.num.1.*

q Petr.Gregor.in syntagma iur.lib.42.cap.16.num.13. regulam ponit: quod existentia tollat suitatem: sed ad Bartoli doctrinam se refert. Quare nil ab ipsius doctrina alienum proponere voluit.

Tradunt tamen DD. locis relatis, hanc sententiam tantum in illa vulgari procedere, quæ voluntariè facta est.

Hanc enim per suitatis existentiam non tolli: aliud autem in ea esse, quæ necessario, & secundum formam *l. Gallus.in princ.supr. liber. & postum.* hoc modo fiat: *si, me viuo, filius moriatur.* Hoc enim casu, si filius post mortem patris, reperiatur esse suus, nepoti substituto non esse locum: Quum iste nepos ex necessitate substitutus sit, ne rumpatur testamentum, si filius, viuo testatore auo, moriatur vel emancipetur: & addit *Zas.h.nu.47.* in hoc vno casu per suitatis existentiam tolli vulgarem substitutionem. quanquam *Alciat. hic.* tres casus à regula proposita excipiat.

236 Fallit 2. vt tum demum aditione primi hæredis tollatur vulgaris, quando aditio durat. Si autem non duret, sed primus hæres sit minor, & restituatur in integrum, tum omnia reponuntur in pristinum statum. *l. quod si minor. 25. §. restitutio. supr. minoribus.* Et sic perinde est, ac si primus hæres

nunquam adiuisset. *gl in l. & si sine. § sed quod Papinianus supr. minorib. l. 2 § si ego.* r *ibi Bart. infr. eod. l ex contractu. 44. ibi Bart. infr. re iud. l. 1. §. si quis adita. & l. 2. § bonorum. infr ad SC. Tertul. l. pen. infr. acquir. hared.*

r §. interdum.

s *Alciat. num. 152.* alium addit.

Etsi autem aliquibus visum sit, iure speciali substitutum in duobus s casibus admitti: si aut seruus necessarius hæres substitutus, hæreditasque nō soluendo esse proponatur: *l. ait prætor. 8. (alias, & si sine) § sed quod Papinian. supr. minorib.* aut pupillus, qui suus est, fuerit institutus, qui post immistionem se abstinet. *d. l. ex contractu.* Hoc enim casu vulgarem per immistionem non tolli, si scilicet postea impubes abstinuerit: quum suo iure sine restitutione abstineat pupillus, qui se immiscuit. *l. necessariis. 57. infr. acquir. hared.* Vt proinde pupilli sui immistio, postea abstinentis se, pro eo habeatur, ac si non interuenisset, nec substitutioni vel accretioni impedimento sit: aliud autem esse in vulgari substitutione, facta impuberi extraneo. Hanc enim per aditionem semel factam extingui: *d. l. post aditam.* adeo vt nec eo per beneficium Prætoris contra aditionem restituto, resuscitari possit. *d. l. ait Prætor. §. sed quod Papinianus.* sed fisco locus fiat: si hæreditas soluendo t sit, non venientibus ab intestato: quum testator intestatus non decesserit, aut substituto, quum qui restituitur abstinendi causa, hæres esse non desinat: *l. fin. infr. success. edict. Polit. de vulg. substitut. q. 42. Alciat. hic. num. 151. 152. ibi Thom. Calan. q. 42. num. 83. Cuiac. in d. §. sed quod Papinianus.*

t Si non sit soluendo, admittitur substitutus.

Tamen sciendum, communem DD. sententiam esse: quod substituto 237 locus sit, etsi extraneus contra aditionem beneficio Prætoris restituatur. *Cyn. d. l. post. aditam. num. 1. ibi Angel. num. 1. Salyc. num. 3. Ias. num. 2. versic. secundus casus. Bart. h. num. 49. Alex. num. 40. versic. Et circa hoc dubitari potest. Socin. num. 52.* qui hanc communem conclusionem dicit. *Zas. num. 47. vers. tertio fallit. Sfort. de vulgari substitut. q. 6. vers. limitatur autem primo.* qui ait: ita tenere omnes. *ibi Zas. §. nunc veniendo. versic. secundo limitate. Trentacinq c. 18. num. 1. cum seqq.* qui hanc communem & receptam scribentium opinionem esse testatur, licet ipse distinguat. *Loriot. de apicib. iur. tit. de substit. axiom. 39. & 40.* ipse quoque hanc communem dicens. *late Sfort. de restitut. part. 2. q. 62. art. 8. per tot. Grass. § substitutio q. 15. num. 4.* Et hæc etiam verior atq; æquior est, vt *Lor. d. axiom. 40 & Sfort. d. ar. 8. n. 102.* testati sunt.

Tum (1) quod vulgares substitutiones fiant, vt dispositiones testatorum non fiant caducæ. *l. vnic. in princip. C. caduc. toll.* Quare per nudum nomen hæredis, qui contra aditionem restituitur, voluntati defuncti satisfactum non est: quia ita voluntas testatoris concideret. *Sfort. d. art. 8. nu. 102.*

Tum (2) quod aditio perinde ab intestato ac ex testamento posteriores excludat. *l. 2 in princ. infr. sui & legit. hared.* & tamen vno aduersus aditionem restituto, sequens admittitur. *l. 1. §. si quis adita. infr. ad SC. Tertul.* Et æquissimum sane est, vt quilibet id, quod non suo, sed restituti facto perdidit, recipiat. *l. quod si minor. 25. §. restitutio. supr. minorib. Loriot. d. axiom. 40. vbi ad textum d. l. post aditam. & ad d. l. fin. infr. success. edict. respondet.*

Sfortia *d. art. 8. Trentacinq.* diligenter vtriusque opinionis fundamenta collegerunt, videndus & *Loriot.*

Et communis quidem DD. sententia est, substitutum hoc casu non tantum iure prætorio per bon. possess. secundum tab. sed & iure ciuili admitti. *Socin. nu. 53. q. 4.* Quam sententiam late explicat *Trentacinq. d. c. 18. num. 5. vsque ad 11.*

Fallit 3. quando hæres post aditam hæreditatem, fuit negligens in exe- 238
quendo

quendo voluntatem defuncti. Nam tunc priuatur hæreditate, & substituto locus est.§ *si verò instituto.in Auth. de hæred. & Falcid. Auth.hoc amplius. C.* u *de fideicom.Socin.h nu.58.q.9.Ias.num.65.vers.limita istam regulam.Ias.in d. l.post aditam. num. 2. Sfort.de vulg.substitut. q. 6. vers. limitatur secundo quando institutus.ibi Zas.§ nunc veniendo. vers. hæc conclusio sic ampliata potest limitari. Trentacinq. c. 16. num. 5.*

u Materiam huius Authenticæ bis in facti contingentia habui. Et quia duo iuridica collegia, de vna illarum causarum planè contraria ediderunt responsa, in gratiam praxin forensem sectantium, pauca hic annotare volui.

Sciendum ergo, quando hæres non implet defuncti iudicium, triplex remedium proditum esse, hominis scilicet prouisionem & legis, & hanc quidem duplicem, ex Authentica nostra, & ex *c. ex eo, cum c concord de reg.iur in 6.*

Vt remedio Authenticæ nostræ locus sit, requiritur I. vt id, quod hæres facere neglexit, non sit per iudicem repræsentatum. *text.in d.auth.ibi Castr.nu.2.Ias.nu.3.& 4.Iacob.Cuiac.Nouell.1.vers. est & alia. Cast.cons 20.nu 50.lib.2.* Primum remedium ex authent. hoc amplius.

II. Necessarium est, vt re in iudicium deducta, reus iudicialiter moneatur, & decretum detur. *tex. ibidem & Dd Couarru c si heredes nu 6.& 7.de testam. Castrens.d.cons.20,nu.50. Andr.Alciat.cons.24.nu. 2.lib 9 Paris cons 19.nu.192.lib.2.*

III. Requiritur, vt à die monitionis annus sit elapsus, *text.in d.auth.ibi Bart.nu.2.dicēs hoc videri verum.Bald ante num.Salycet.nu.1.Cast.n.1.Ias.nu 3.4.Castr.d cons 20.nu.50.communem dicit Andr. Alciat. cons.24.nu. 2.lib 9 defendit Iacob.Cuiacius ad d.Nouell.1.* Etsi aliqui, cum veterum, tum recentiorū iuris interpretum, vltra monitionē, sententiā iudicis victricem desiderent: & vt ab ea annus cucurrerit.

IIII. Necessarium est, vt & testatoris voluntas legitima sit. *Bald. d. auth.hoc amplius nu. 22. Iacob. Cuiac.d. Nouella 1. Andr.Alciat.cons 92.nu.8.lib.9.*

V. Requiritur, vt adita sit hæreditas, & deinde monitio iudiciaria fiat. *Salyc.d.auth.hoc amplius.n.2.*

VI. Oportet actorem condictione ex auth. hac experiri volentem, cautionem præstare de implendis iis, quæ testator voluit. *text.in corpore & in d.auth.nostra,ibi Bart.nu 8. Alberic.de Rosat.nu.1.Salycet.nu.4.quest.7.*

VII. Singulariter notandum, quum duobus modis contra defuncti voluntatem delinquatur, non exequendò scilicet, quod testator fieri voluit: deinde iudicium defuncti impugnando: ad hoc, vt condictioni ex hac authentica locus sit, requiri, vt hæres quidem defuncti iudicium amplexus sit, & hæreditatem adierit, sed illi non satisfecerit. *Salycet.d.auth.hoc amplius.* Nam hæc authentica venit ad suppletionem & declarationem *l.fin. C.fideicom.*

At is textus in iis loquitur, qui faciunt contra testamentum, (non impugnando, sed) non exequendo. *Dd. d.auth.hoc amplius.ibi Castr.num.1.Ias ante num.*

Et quidem VIII. Requiritur, vt peccet non exequendo, factum positiuum, aut affirmatiuum, pecuniarium commodum respiciens. In facto autem negatiuo monitio necessaria non est: sed forma prædictæ Authenticæ cessat. *Aym. Crauetta cons.193.num.4.*

Quin & IX. hoc desideratur, vt ipse testator hæredi aliam pœnam non inflixerit. Nam testatoris prouisioni est standum. *Ita post Oldradum decidit Salycet in d.l.fin. ad fin. C.fideicom.dicens hanc sententiam veram. Bald d.auth. hoc amplius.num.14.ibi Salycet num.1. Ias.num.6.fall.6. Iacob. Cuiac d. Nouell. 1. vers. addi etiam hæc conditio potest. Castr.cons.292.num 9 lib.2. latè Paris.cons. 19.num. 197. cū seq.lib. 2. Grat.cons.101 n.59.lib.2. Aym.Crauet.cons. 193.* Imò etsi testator eandem pœnam infligeret, adhuc tamen forma authenticæ cessaret. *Castrens.d.cons.292.num 9.* idque iis decidendi rationibus, de quibus paulò post.

Vbi autem hæres testamentum amplexus non est, sed illud impugnat, forma authenticæ huius cessat: & vbi testator ipse non prouidit, in eum casum ad regulam *d.cap.ex eo,* recurrimus, circa quam Dd. notabilem hanc & practicam distinctionem tradunt. Secundum remedium.

Quando enim quærimus, num is ex testamento lucrum aliquod consequi debeat, qui illud visus est impugnare, ita distinguendum.

Aut impugnans simpliciter negat testamentum esse factum: & hoc illi non obstat, etsi vincatur. *Bart.l.post legatum.num.10. ff.his quibus vt indig.* Aut verò testamentum, quod factum esse constat, impugnat: Et siquidem impugnat solennitatē tantum, non prohibetur relictum ex eo capere: Aut vero ipsum defuncti iudicium impugnat, *vt loquuntur l quæsitum.40 ff.adquir. hered. l.si testamentum. 24.ff his quibus vt indign.* puta accusauit testamentum de falso, & succubuit: *l.alia.C.his quibus vt indign.* aut dixit testamentum inofficiosum, & succubuit: aut dixit testamentum nullum ratione præteritionis, & victus est, tum nihil ex testamento petere potest. *Dyn.cap ex eo 3 de reg.iur.in 6. Cyn.in l. Polla.num.5.C.his quibus vt indign. Bart.& Dd.in d.l alia.ibi Castrens.num.3.C.eod.tit.Bart.d.l.post legatum nu.3. & 4. per illum textum, & per d.l.si testamentum.Gab.Rom.lib 6.recept.conclus.tit. de reg.iur. conclus. 1. limitat. 8. nu.52. Porc. lib.5.comm.conclus.reg.1.fallent.8.*

Verum hanc sententiam Dd. ita temperant, vt procedat, si impugnans testamentum, dolo litem mouerit: Nemo enim indignus est, qui in dolo non est: Et sic ratione litis nemo punitur tanquam indignus, nisi ratione calumniæ, quod est notabile. Ergo ab eo qui probauit, licet finaliter succubuerit, semper præsumitur abesse calumnia. *Bald.d.l.alia.num.8.ad fin. Matth. Wesenb.in parat. ad tit. ff.his quibus vt indignis.*

Deinde necessarium est, vt impugnans testamentum in sua impugnatione perseueret. *d. l.alia. ibi omnes Dd.* & tantisper quidem, donec sententia in rem iudicatam transiuerit: Nam qui desistit, propriè non dicitur succumbere: *Bald.d.l.alia.ibi Salycet.num.2.* Et regulariter parcitur illi, qui à delicto

cœpto desistit: quum errare humanum, perseuerare autem in errore diabolicum sit. *Cyn. d. l. alia. ibi reliqui & Angel. num. 2. qui declarat.* Hinc cautelam Dd. concludunt pro impugnante, vt ille exspectet sententiam definitiuam, & postea appellet, atque deinde desistat.

Ita enim impugnationem illi nihil nocituram contendunt. *Cyn. d. l. alia. num. 5. ibi Bald. num. 7. Castr. num. 2.* dicens, cautelam Cyni bonam, & hanc partem benigniorem: Et licet ibi addiderit, contrariam opinionem videri veriorem: tamen illos, qui probationes habent, pœnitere posse affirmat.

Tertium remedium prouisio hominis.

Etsi autem in impugnante impugnationis perseuerantia requiratur: tamen, *vt iam circa d. auth. hoc amplius*, pœna testatoris legis pœnam excludit: ita & practica d. cap. *ex eo atque iurium concord.* cessat, vbi testatoris prouisio adest. Perseuerantia ergo impugnationis necessaria non erit, vbi aliter testator prouiderit.

Tum (1) quod testator honoratos grauare quoque possit. *l. ab eo. C. fideicommis.* sub pœna, vt videlicet omni lucro hæreditario, excepta legitima careant. *§. fin. Inst. de legat. l. vnic. C. de his quæ pœn. nomin. Iul Clar. §. testamentum q. 69. Alex. cons. 52. lib. 2. Dec. cons. 673. num 1. Aym. Crauet. cons. 193. num. 5. Hieronym. Schurf. cons. 50. nu. 9 cent. 1. cons. 54. n. 2. cent. 2* Cum enim quilibet suarum rerum sit moderator, testator vtique rebus suis legem imponere potest vel conditionem, quamcunque voluerit. *Dec. cons. 419. num. 3. Iacob. Menoch. cons. 57. num 5. cons. 88. num. 53. lib. 1.* Vt ergo non relinquere, ita relictum qualificare potest. *Iul. Clar §. testamentum q. 70. Dec. cons. 418. num. 14.* quæ dispositio non modo pro lege seruatur, vtcunque dura sit: *§. disponat. in auth. de nupt. §. his igitur nobis. §. exhæredatos. §. hæc quidem. §. hinc nobis in auth. de hæred. & Falcid. Dec. cons. 506. Aym. Crauet. cons. 1. num. 1. cons. 174. num. 1. Hieronym. Schurf. cons. 72. num. 10 cent. 3. Tiber Dec. cons. 39. num. 1. cum seqq.* sed & legem vincit: quum prouisio hominis legis prouisionem tollat. *Paul. de Castr. d. cons. 291. num. 2.*

Tum (2) quod mitius agitur cum lege, quam cum homine. *l. Celsus. 28. ibi gloss. ff. arbit.* Durius (inquam) agitur circa bona testatoris, quando ipse offenditur, quam si offendatur tantum lex: ea decidendi ratione, quod non possit offendi persona testatoris, quin etiam offendatur lex, quæ testatoris voluntatem pro lege seruari iubet *l. 1. C. de SS. Eccles. d. §. disponat in auth. de nupt.* maius ergo delictum quum sit, maiorem etiam meretur pœnam. *l. rescriptum. ff. his quibus vt indignis.* secus quando non offenditur testator, sed sola lex.

Tum (3) quod in materia auth. *hoc amplius.* in simili idem decisum sit. Aut enim dies & pœna additur à testatore, & monitione aut processu illius authenticæ plane opus non est, sed testatoris voluntati stamus: *Castr. d. cons. 291. nu 9 lib. 2. late Paris. cons. 193. nu. 197. lib. 2. Aym. Crauet. cons. 193. nu. 4.* Aut est apposita tantum dies, vel quod idem, neque dies, neque pœna à testatore adiecta est, & in terminis iuris communis manemus. *Castr. ibidem.* Aut est apposita tantum pœna, & processus Authenticæ cessat. *Castr. ibid.* idque ex iisdem, quas modo retuli, causis, quod testatoris prouisio legis prouisionem excludat: & mitius cum lege, quam cum homine agatur.

Fallit 4. si hæres conditioni, sub qua institutus est, non paruerit. Nam substitutio locum habet. *l. 2. ibi DD. C. de instit. & substit. Sfort. de substitut. vulg. q. 6. vers. limitatur quinto quando institutus.*

Fallit 5. si substitutus in causa fuerit, quo minus institutus adeat. *Zas. de vulg. substitut. ad fin. vers. habes tandem casum.*

Fallit 6. quo ad pupillarem tacitam. Nam si pupillus hæres institutus 239
adierit hæreditatem, & intra pupillaria moriatur, non expirabit substitutio vulgaris, quo ad pupillarem tacitam, sed ex illa substitutus admittitur ad hæreditatem patris & filii. *d. l. post aditam. Zas. h. num. 47. fallen. 1.* Atque ita Zasii doctrina, qui incommodius loquitur, accipienda est: Per vulgarem enim testatori, per pupillarem autem pupillo substitutum succedere: supra q. 4. effectu 4. ampliatione 1. & 2. expositum fuit.

Secundo tollitur vulgaris tacita, eo ipso, dum finitur pupillaris expres- 240
sa, sub qua illa continetur: & hanc magis communem DD. sententiam dicit *x Sfort. d. q. 6. §. secunda regula.*

x Sfortia multos textus adducit.

Verum hic iuris articulus omnium commodissime distinguendo explicari potest.

Aut enim pupillaris ab initio inutiliter, puta, puberi vel extraneo facta est, qui articulus iuris, supra q. 2. ad regulam: Quod pupillaris vulgarem contineat: ampliatione 4. expositus fuit.

Aut pupillaris ab initio legitime à testatore facta est, sed ex post facto deficit: Idque vel filii morte, & vulgaris non deficit. *l. si pater filium. 26. infr. eod. Loriot. in apicib. iuris, tit. de substit. axiom. 42.* vel testamenti impugnatione: & idem. *l. etsi contra tabulas. 35 infr. eod.* vel per aduentum pubertatis. Quo de iuris puncto, supra d. q. 2. ad præcitatam regulam, ampliatione 2.

suffi-

sufficientissime disputatum: vel emancip ne, & vulgarem tacitam tolli tradunt *Guilhel. de Cum. & Rainer. & B   h. nu. 55.* per sex fundamenta, quæ deducit *Socin. nu. 59. q. 10.* & hanc receptiorem dicit *Alciat. num. 158.*

Contrarium autem, quod vulgaris non extinguatur, tenet *Alex. h. num. 42. Socin.* qui hanc in puncto iuris veriorem dicit, & ad fundamenta contraria respondet, *Alciat. vbi supra. Loriot. in apicib. iuris. tit. de substitut. axiom. 42. Vasq. de success. creat.* §. *21. num. 243.* hanc veriorem & forte etiam receptiorem esse dicens. *Trentacinq. de vulg. substit. c. 21. Grass.* §. *substitut. q. 17.*

Tum (1) quod tacita vulgaris æque principaliter, non accessorie contineatur sub pupillari expressa, & ex alio fonte interpretatio scilicet iuris descendat. Ergo cessante expressa, non cessat tacita. *l. si fideiussor. 52. infr. legat. 1.*

Tum 2. quod superflue lex diceret, emancipatione pupillarem extingui, si vulgaris quoque expiraret. *l. cohæredi. 41.* §. *cum filia. infr. eod.*

Tertio tollitur vulgaris, si substitutus repudiet hæreditatem. *l. si nemo. 142. infr. de reg. iur.*

241 Quarto tollitur, si substitutus decesserit, antequam conditio substitutionis eueniat: quia substitutio nondum competens non transmittitur. *l. substitut. 42. infr. acquir. rer. domin.*

Quinto tollitur, si conditio apposita defecerit. *l. si plures. 17. infr. condit. instit. l. 1. C. indict. viduit. tol.*

Sexto tollitur vulgaris, si substitutus necauerit institutum. *l. Cicero. 39. infr. pœnis. l. si ab hostib. 11.* §. *fin. supr. solut. matrim.* Et hosce quatuor posteriores modos tradit *Petr. Gregor. in syntagm. iur. lib. 42. c. 16. num. 16.*

Ex *d. l. post aditam. DD. ibi.* hanc quoque doctrinam resoluunt: num pluribus potestatibus, Doctoribus aut Procuratoribus successiue electis, primo acceptante & moriente, alii admittantur? Videatur *Cyn. ibi num. 2. Alberic. num. 2. Ang. num. 2. Salyc. num. 4. Dec. num. 3.*

Finit repetitio l. 1. hoc tit.

Deo vni & trino honor, imperium seculis seculorum infinitis. Amen.

INDEX RERVM ET VERBORVM IN PRIMIS MEMORABILIVM HOC OPERE contentorum locupletissimus.

IN HOC NVMERVS PRIOR SVMMArium, posterior paginam ostendit.

Asi-

B.

C.

E.

Eusebius

F.

 hodie

L.

Quoties,

M.

Q.

Solen-

I N D E X.

Tempora

T.

V.

FINIS.



